Gibt es in unserer streitigen Gerichtsbarkeit eine der actio familiae erciscundae entsprechende Klage?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Fritz Lorenz
Referendar in Goldberg i. Schl.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.
Korreferent: Geh. Justizrat Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Problemstellung: actio familiae erciscundae und Klage aus § 2042 . . . 1

Hauptteil.

§ 1. Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit.
1. Die a. f. e. als
a) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit 3
b) Klage der streitigen Gerichtsbarkeit 4
2. Die Klage aus § 2042 als Klage der streitigen Gerichtsbarkeit . 5
§ 2. Zulässigkeit des Rechtswegs 5
§ 3. Die Parteien 12
A. a) Miterben 13
b) Arrogierte, arme Witwe, Fideikommissar 13
c) Käufer 13
d) Pfandgläubiger 15
e) Nießbraucher 18
B. Beteiligung aller am Rechtsstreit 18
§ 4. Natur des Auseinandersetzungsanspruchs 22
1. Vorhandensein eines Anspruchs 22
2. Dinglicher oder obligatorischer Anspruch 23
3. Eine Klage und ein Anspruch 25
§ 5. Inhalt des Auseinandersetzungsanspruchs 26
§ 6. Gegenstand der Auseinandersetzung.
I. Nachlaß 28
1. Gesetz.
a) Nachlaßobjekte 28
b) Forderungen und Schulden 29
c) Einzelne Gegenstände und Rechte 34
2. Parteivereinbarung 35
II. Praestationes personales 37
§ 7. Zeitliche Beschränkung des Auseinandersetzungsanspruchs.
1. Gesetz 38

Seite

2. Vertrag und Anordnung des Erblassers:
   a) Zulässigkeit 39
   b) Wirkung 40
§ 8. Verjährung 42
§ 9. Antrag 42
§ 10. Urteil 46
§ 11. Vollstreckung des Urteils 48

Schluß.

Ergebnis der Untersuchung 50

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl. 1883.

Audibert, Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo (Nouvelle revue historique de droit français et étranger Vol. 28 p. 401 ff.).

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozeß. 7. Aufl. 1842.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. 1. 1871.

Berger, Die römischen Teilungsklagen. 1913.

Binder, Der Gegenstand. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 59 S. 1.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1905.

Binder, Vermögensrecht und Gegenstand. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34 S. 209.

Böhm, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.

Borcherdt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung. Bd. 1. 2. Aufl. 1907.

Bornemann, Preußisches Zivilrecht. Bd. 6. 1856.

Brinkmann, Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gemeinen Rechts. Bd. 1. 1883.

Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und actio negotiorum gestorum zu einander. 1855.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1 u. 3. 2. Aufl. 1873, 1886.

Cohn, Georg, Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft. 1898.

Cosack, Welche Grundsätze sind in dem künftigen deutschen Gesetzbuche über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen? In Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages 1889 Bd. 1 S. 199 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 5. Aufl. 1912.

Crome, Moderne Teilungsprobleme. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 1 ff.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1902. Bd. 5: Erbrecht. 1912.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 5: Das Erbrecht. 3. Aufl. 1911.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 u. 3. 7. Aufl. 1902/03.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 3. 1896.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. 1864.

Dernburg-Sokolowsky, System des römischen Rechts. Bd. 1. 1911.

Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 4.

Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. 1870. (zit.: Eck.)

Eck, Stellung des Erben, dessen Rechte und Verpflichtungen in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1890. In Becker-Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 17.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 1904.

Eisele, Zur Lehre vom Miteigentum. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 S. 27 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3: Erbrecht. 7. Aufl. 1900.

Endemann, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils und sein Recht auf Erteilung eines Erbscheins. In der Juristischen Wochenschrift 1910 S. 89 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 3: Erbrecht, bearbeitet von Kipp. 1911. (zit.: Kipp, Erbrecht.)

Entscheidungen: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 1, 6, 9, 10, 12, 16, 21, 60, 64, 71; Deutsche Juristenzeitung 1907; Gruchots Beiträge 24, 25; Juristische Wochenschrift 1904, 1910; Ober-Tribunal Bd. 35; Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann) Bd. 2, 4, 6, 8, 11, 21; Das Recht 1903, 1905, 1910; Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1908; Seufferts Archiv Bd. 4, 10, 21, 25, 38, 57, 64; Striethorsts Archiv Bd. 10; Blätter für Rechtspflege in Tühringen und Anhalt Bd. 52; Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 6, 9.

Fischer, Dr., über die Funktionen der Richter und ihre Kompetenz, wenn bei Nachlaßregulierungen und Vermögensauseinandersetzungen Streitpunkte zur Entscheidung vor den Prozeßrichter gelangen. Anonym erschienen. Breslau 1858.

Fischer, O., Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. 2. Beitrag. 1913.

Fischer, O., Rezension von Crome. In Busch-Vierhaus' Zeitschrift für Zivilprozeß 1912 Bd. 43.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 9. Aufl. 1912.

Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. 1908.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 8./9. Aufl. 1906.

Geib, Die rechtliche Natur der actio communi dividundo. Diss. Tübingen 1882.

Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. In Bekker-Fischers Beiträgen Heft 18.

Girard, System des römischen Rechts. Übersetzt von v. Mayrs.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. 3, 11. Abt. 1. 1809.

Göppert, Über Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 532 ff.

Hahn-Mugdan, Materialien. Bd. 7.
Hartmann, Die Obligation. 1875.
Heise-Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Bd. 1. 1827.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, Bd. 3, Abt. 1. 1903, 1909.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1912.
Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. 1898.
Josef, Erläuterungen zum Auseinandersetzungsanspruch der Miterben. In Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 32 ff.
Josef, Kleinere Streitfragen aus dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Bd. 4 S. 121 ff.
Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1902.
Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 315 ff.
v. Kamptz, Jahrbücher. Bd. 41, 51.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
v. Keller, Pandekten. Bd. 2. 2. Aufl. 1867.
Knoke, Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht. Bd. 3. 1843.
Koch, Preußisches Erbrecht. 1866.
Kohler, Über die Anlagen an der Grenze und über das Verhältnis der Artikel 656 und 663 des code civil. Ein Beitrag zur Lehre vom Miteigentum und den obligationes ex re. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 8 S. 177 ff.
Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Bd. 1 u. 3. 1886, 1895.
Kreß, Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Kretzschmar, Auseinandersetzung zwischen den Miterben. Im Sächsischen Archiv für Rechtspflege Bd. 3 S. 151 ff.
Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1910.
Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. 1897.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Leonhard, Franz, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 5: Erbrecht. 1912. (2. Aufl. von Frommhold, Erbrecht.)
Lindenberg, Das preußische Gesinderecht. 1912. (8. Aufl. von Posseldt).
Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. 1906.
Märker, Nachlaßbehandlung. 1882.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.
Mayer, Anspruch und Rechtskraft. 1896.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. Bd. 2: Erbrecht. 4. Aufl. 1902.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2, 3, 5. Amtliche Ausgabe. 1888.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht, 3. Aufl. 1906. Bd. 5: Erbrecht, 3. Aufl. 1908.
Planck, J. W., Über Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 161.
Planck, J. W., Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. 1844.
Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. In Leonhards Studien 1910 Heft 32.
Pringsheim, Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung eines Erbteils. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1906.
Prinz, Das allgemeine Aktionenrecht. 1870.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 5.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1852.
Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 2 Bde. 1831.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. 2. 1910.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 u. 5. 1840/41.
Schmale, Können Miterben ihr Eigentum an Grundstücken ohne Auflassung übertragen? Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 4 S. 179 ff.
Schröder, Das commodum bei der Erbschaftsklage. 1876.
v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht. 1896.
v. Seeler, Miteigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. Bd. 3. 4. Aufl. 1871.
Sintenis, Praktisches gemeines Zivilrecht. Bd. 3. 3. Aufl. 1869. (zit. Sintenis, Bd. 3.)
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1837.
Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 173 ff.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht, von Kober, 5./6. Aufl. 1910. Bd. 5: Erbrecht, von Herzfelder, 5./6. Aufl. 1911.
Steinlechner, Wesen der iuris communio. Bd. 2. 1878.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des preußischen Landtages. Anlage-Bd. 2. 1887.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 3. Aufl. 1904.
Strübe, Zur Frage der Aufhebung der Erbengemeinschaft. Im Recht 1906 S. 605 ff.

Strützki, Welche Grundsätze sind in dem künftigen deutschen Gesetzbuch über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen? In den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages 1889 Bd. 1 S. 132 ff.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1, 2, 6. 4. Aufl. 1876, 1894.

Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 2. 1840.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. 1876.

Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags. Bd. 4. 1889.

v. Wächter, Pandekten. Bd. 2. 1881.

Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.

Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 1.

Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbteilungsklage. 1793.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. 9. Aufl. 1906.

Zimmermann, Über die Teilung von wenigen unter mehreren Kommunionsinteressenten. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 34 S. 192 ff.

Einleitung.

Wird eine Person von mehreren beerbt, so entsteht nach römischem und gemeinem Recht aus der Annahme der für jeden Erben durch die Berufung festgesetzten Erbteile, nach Bürgerlichem Gesetzbuch ohne weiteres eine Erbengemeinschaft (D. 10. 2. 1 pr. C. 3. 36. 8; §§ 2032, 1922 BGB.). Nach römischem Recht haben die Miterben die Erbschaft gemeinschaftlich nach Bruchteilen. Diese Regelung ist auch in dem 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch getroffen worden; sie ist in das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nicht übergegangen, vielmehr wurde das Verhältnis der Miterben nach der deutschen Rechtsform der Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet.

Die normale Endigungsart der Erbengemeinschaft ist die Auseinandersetzung; sie erfolgt durch Vereinbarung der Parteien oder durch den Spruch des Richters. Für den letzteren Fall gewähren schon die XII Tafeln die actio familiae erciscundae (D. 10. 2. 1. pr.).[1] Sie geht als actio duplex auf Auflösung der communio hereditatis durch richterliche divisio ex aequo et bono mittels Kondemnation und Adiudikation. Wenn diese actio überhaupt mit einer Klage des heutigen Rechts zu vergleichen ist, so kann dies nur die Klage aus § 2042 BGB. sein, wonach jeder Miterbe die Auseinandersetzung verlangen kann. Auf dieser Grundlage soll die Frage beantwortet werden, ob der a. f. e. die

[1] Die Etymologie des Wortes erciscundae ist zweifelhaft. Nach Gaius Inst. 2, 219 ist herciscere gleichbedeutend mit dividere; ebenso Isid. Hisp. Etym. 5, 25. Nach Corssen, Krit. Beitr. zur lateinischen Formlehre S. 39 bedeutet hercisco als Inkohativum zum Stamme her ich fange an zu nehmen, a. f. e. = Erbforderungsklage und herctum ciere = das Erbteil lösen.

Klage aus § 2042 BGB. entspricht. Dabei ist vorweg zu prüfen, welche Bedeutung die Worte der Aufgabe „Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit" haben.[1])

---

[1]) Die Literatur für jede der beiden Klagen einzeln genommen ist zwar äußerst umfangreich, indessen ist ein etwas eingehender Vergleich wohl nur von Binder (Bd. 3 S. 79—84, 233—236), der sich im wesentlichen auf Anspruch, Gegenstand und iudicium duplex beschränkt, gezogen worden. Im übrigen stellen die Schriftsteller nur kurz einzelne Hauptpunkte, wie Stellung des Richters, Antrag und Wirkung des Urteils, ohne nähere Begründung gegenüber.

Hauptteil.

§ 1.

Es ist zunächst die Bedeutung der Worte „Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit“ zu erörtern.

Eine Klage im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt das heutige Recht nicht, wohl aber könnte man für das römische Recht diesen Begriff für die a. f. e. — ebenso wie für die aus ihr abgeleitete actio communi dividundo — aufstellen. Die a. f. e. ist nämlich auch dann gegeben, wenn zwischen den Miterben kein Streit darüber besteht, daß und wie geteilt werden soll; wenigstens sprechen die Quellen nirgends davon, daß ein Streit die Voraussetzung des iudicium sei.[1] Eine allgemein verbreitete Ansicht bezeichnet daher die Erbteilungsklage in diesem Falle nur formell als actio, materiell aber als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[2]

Windscheid (a. a. O.) hält aber auch dann, wenn sich ein Teilhaber der Teilung widersetzt, das iudicium f. e. für einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Er begründet dies damit, daß zunächst die Quellen offenbar als das Regelmäßige voraussetzen, daß über die Teilung kein Streit herrscht (D. 10. 2. 1 pr. 10. 2. 5, 10. 2. 16 pr., 10. 2. 43), und daß, wenn Streit herrscht, der Richter, indem er teilt, keinen Streit entscheidet. Dieser Auffassung Windscheids sind, soweit bekannt, nur Eck und Kipp entgegengetreten;[3] beide halten die a. f. e. für eine echte Klage, geben indessen hierfür keine Begründung. M. E. läßt sich weder sagen,

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 449 Nr. 15 S. 937.

[2]) Glück Bd. 3 S. 103; Eck S. 148; Geib S. 89; Koch S. 555 ff.; Zimmermann S. 206; Degenkolb S. 67; Prinz S. 33, 60; Köppen S. 236; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 449 Ziff. 3 S. 937; OAG. Darmstadt in Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 53.

[3]) Eck S. 141; Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 943, 3b.

daß die a. f. e. eine Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit, noch daß sie ein Verfahren im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei. Alle Versuche einer theoretischen Konstruktion, sie auf das eine oder andere Gebiet zu verweisen oder zu beschränken, müssen scheitern. Sie hat eben vom heutigen Standpunkt der prozessualen Theorie aus betrachtet zweifellos Mischnatur. Es mag sein, daß die Römer dem Rechtsbedürfnis auf der Grundlage ihres Rechts- und Gerichtswesens nur durch die Schaffung einer actio entsprechen konnten. Sie kannten den Begriff des einheitlichen Teilungsrezesses nicht, weil sie formlose synallagmatische Verträge nicht oder doch nur in engen Grenzen hatten; auch war ihnen, wenigstens anfänglich, eine Übertragung des Eigentums durch reinen Privatakt fremd.[1])

M. E. waren sich die Römer dieser Mischnatur nicht bewußt; sie faßten, wie dies in D. 10. 2. 3 (ex causa iudicati solvit) klar ausgesprochen wird, die a. f. e. als eine Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit auf. Theoretisch genommen sprechen für diese Auffassung allerdings verschiedene Merkmale: der Einlassungszwang, die Rechtsgenußverkümmerung, die für den einzelnen Erben in dem dauernden Fortbestehen der Gemeinschaft liegt, die dem Teilungsanspruch zugrunde liegende Bejahung einer Rechtsanwartschaft auf Teilung und endlich die Stellung des Richters, der Recht schafft zwischen den Parteien.[2])

Andererseits finden sich Gesichtspunkte, die dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstammen. Ein Streit unter den Erben wird nicht vorausgesetzt. Das Gesetz hält es sogar für nötig, besonders auszusprechen, daß ein Erbe auch gegen den Willen des anderen Teilung verlangen kann (D. 10. 2. 43).

Zuweilen ist zweifelhaft, wem die Rolle des Klägers und wem die des Beklagten gebührt; unter Umständen entscheidet das Los (D. 10. 2. 2. 3, 10. 2. 44. 4, 5. 1. 13). Der Richter übt eine Bevormundung aus, er ist an Anträge der Parteien, auch wenn sie übereinstimmen, nicht gebunden, sondern teilt „unter Ergänzung der Parteiintelligenz“[3]) ex aequo et bono. Endlich verwirklicht

---

[1]) Degenkolb S. 69.
[2]) Degenkolb S. 68.
[3]) Degenkolb a. a. O.

er, statt ein arbitrium mit condemnatio zu geben, die Teilung nach beiden Seiten. Es handelt sich also um eine Verfahrensart, bei der kein Streit zu bestehen braucht, eine Bevormundung ausgeübt, Schaden abgewendet und der Verdunkelung des Rechts vorgebeugt werden soll. Das sind aber Hauptmerkmale der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Trägt also die a. f. e. den doppelstirnigen Januskopf, so wird man ihrer Mischnatur vielleicht am besten gerecht werden, wenn man sie als „Klage im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit" bezeichnet.

Demgegenüber scheidet das heutige Recht bewußt und scharf zwischen dem Verfahren im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Klage im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit. Die Klage aus § 2042 ist unbedenklich als Klage der streitigen Gerichtsbarkeit anzusehen. Die von Langheineken ohne Angabe von Gründen aufgestellte Ansicht, daß es heute keine Teilungsklage mehr gäbe, sondern nur ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist völlig vereinzelt geblieben.[1]) Die Parteien können entweder bei dem Nachlaßgericht den Antrag stellen, die Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln, sofern nicht ein zur Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist (§ 86 Abs. 1 FGG.), oder den Klageweg beschreiten.

Diese Klage findet statt, wenn sich bei den Verhandlungen vor dem Nachlaßrichter Streitpunkte ergeben (§ 95 FGG.). Was Rechtens ist, wenn die Parteien, ohne den Nachlaßrichter vorher um seine Vermittlung anzugehen, sofort den Klageweg beschreiten, erscheint äußerst zweifelhaft.

§ 2.

Der letzte Satz des vorigen Paragraphen führt zu der Frage nach dem Verhältnis des Verfahrens gemäß §§ 86 ff. FGG. zu der Klage aus § 2042 BGB.[2]) Das Problem ist

[1]) Langheineken S. 239; vgl. dazu Binder Bd. 3 S. 83 Anm. 108.

[2]) Zu bemerken ist, daß diese Frage für das römische Recht selbstverständlich überhaupt nicht aufgeworfen werden kann.

etwa so zu stellen: Greift gegenüber der Auseinandersetzungsklage des Miterben die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs durch, wenn nicht vorher die Anrufung des Nachlaßrichters erfolgt ist, oder ist das Gegenteil der Fall?

Nun steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß eine Anrufung des Nachlaßrichters vor Erhebung der Klage nicht erforderlich ist.[1]) Sämtliche Theoretiker, die dieser Ansicht folgen, scheinen diesen Satz für eine so zweifellose Wahrheit zu halten, daß sie es nicht für notwendig erachten, eine Begründung zu geben. Eine solche findet sich jedoch in einem — später zu behandelnden — Erkenntnis des OLG. Jena, das auf dem gleichen Standpunkt steht.[2])

Die gegenteilige Entscheidung hat der Feriensenat des OLG. Jena (Recht 1903 S. 313) gefällt.

O. Fischer ist der erste gewesen, der auf die Zweifelsfragen hingewiesen und das schwerwiegende Bedenken gegenüber der herrschenden Lehre erhoben hat, daß diese das i. f. e. in das Gesetz durch eine Hintertür wieder einführe.[3]) An der Richtigkeit dieses Satzes ist m. E. nicht zu zweifeln. Die Vertreter der herrschenden Ansicht, welche sich bisher noch nicht hierzu geäußert haben, werden bestenfalls behaupten können, daß das i. f. e. nur bis zu einem gewissen Grade wieder eingeführt sei; das ändert aber an der Sache nichts. Weiter wird die herrschende Lehre O. Fischer auch darin beipflichten müssen, daß sich bei einer solchen Regelung die größten Schwierigkeiten für die Stellung des Prozeßrichters ergeben würden, indem er berechtigt und verpflichtet sein müßte, an den Parteientwürfen die Änderungen vorzunehmen, welche

---

[1]) Crome, System Bd. 5 § 740, 2, 3 S. 722; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 180 X S. 527; Kipp, Erbrecht § 86 IV Ziff. 1 S. 226; Leonhard zu § 2046 VI A S. 191; Planck Bd. 5 Vorbem. zu § 2042 Ziff. 3 S. 271; Borcherdt § 79 II S. 289.

[2]) Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 52 S. 97 ff. Wenn das RG. in JurW. 1910 S. 655 ausspricht, daß der Miterbe berechtigt (aber nicht verpflichtet) ist, sofort auf Auseinandersetzung zu dringen, so bezieht sich dies offenbar nur auf das Verhältnis zwischen der präparatorischen Klage auf Feststellung der Richtigkeit des behaupteten Nachlaßbestandes zur Erbteilungsklage.

[3]) ZZP. Bd. 43 S. 135.

der tatsächlichen Lage und dem bestehenden Rechte entsprechen. Dem heutigen Prozeßrichter, welchem die Befugnisse des römischen Teilungsrichters nicht gegeben sind, würde bei streitsüchtigen Parteien unter Umständen eine Aufgabe entstehen, die nach Lage des geltenden Prozeßrechts kaum lösbar ist. Auch erwachsen für friedlichere Parteien hierdurch oft genug Mißstände, die der Gesetzgeber sicher nicht gewollt haben kann.[1]) Diese Bedenken würden in der Hauptsache fortfallen, wenn man annimmt, daß hier einer der Fälle vorliegt, in denen der Prozeßrichter nicht angegangen werden kann, wenn nicht vorher die Vermittlung einer anderen Behörde nachgesucht ist.[2])

Nun ist auszugehen von dem Satze O. Fischers, daß § 2042 nur das materielle Recht auf Auseinandersetzung feststellt, den gerichtlichen Weg zu seiner Durchsetzung aber weder eröffnet noch ordnet.[3]) Diesem Ausspruch ist gegenüberzustellen die früher ergangene, bereits erwähnte Entscheidung des OLG. Jena.[4]) Nach dieser bietet das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß der Prozeßweg nicht ohne weiteres zulässig sei. Die Anrufung des Prozeßrichters habe einzutreten, wenn eine gütliche Einigung nicht erzielt werden könne. Dies festzustellen sei der Weg der §§ 80 ff. FGG. nicht der einzige. Letzten Endes hat also das OLG. den gleichen Ausgangspunkt wie O. Fischer: Von dem Gesetz selbst wird der Weg zur Durchsetzung der Auseinandersetzung weder eröffnet noch geordnet. Im übrigen hat die Begründung des OLG. nur apodiktischen Charakter. Das zwingt aber, in eine Untersuchung der Frage einzutreten, welchen Willen der Gesetzgeber gehabt hat.

Die Motive schweigen,[5]) und auch in den zugänglichen ungedruckten Materialien hat sich nichts gefunden. Es ist daher zu

---

[1]) vgl. § 9 dieser Arbeit.

[2]) vgl. § 160 GesindeO. und hierzu Lindenberg zu § 160 Anm. 2b S. 139. Es könnten ferner — mit gewissen Einschränkungen — die Bestimmung des § 608 ZPO. und die bei Hellwig, System § 19, 1b S. 46 aufgeführten Fälle, in denen vor Betretung des Rechtswegs eine vorläufige Entscheidung einer Verwaltungsbehörde vorgeschrieben ist, herangezogen werden.

[3]) O. Fischer, Unmöglichkeit 2. Beitrag S. 32 Anm. 2.

[4]) Bl. f. Rechtspfl. i. Thür. Bd. 52 S. 97 ff.

[5]) Hahn-Mugdan Bd. 7 S. 58 ff.; Mot. Bd. 5 S. 687 ff.

prüfen, welchen Standpunkt die großen Gesetze, welche bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in Geltung waren, einnahmen, und ob etwa anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber diesen Standpunkt aufrechterhalten wollte oder konnte.

Der bisherige Rechtszustand ist nun aber für die großen Gebiete des gemeinen und des preußischen Rechtes äußerst dunkel und verworren. Die Quellen fließen, besonders für das gemeine Recht, sehr spärlich; soweit bekannt ist der Fall direkt — ex professo — niemals behandelt worden. Dies könnte darauf hindeuten, daß ein Zwang zur Anrufung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht bestand.

Nun hängt es im gemeinen Recht in der Regel von der Willkür der Parteien ab, den Richter mit ihren nichtstreitigen Angelegenheiten anzugehen. Ausnahmsweise haben jedoch die Gesetze dies aus Gründen einer notwendigen Fürsorge für gewisse Beteiligte und Verkehrsverhältnisse, oder überhaupt aus Rücksichten für das öffentliche Wohl in gewissen Fällen angenommen. Sie haben sogar diese Annahme nicht selten dergestalt sanktioniert, daß ohne Rücksicht auf die Umstände in concreto die richterliche Hilfe eintreten und sich durch eine eigentümliche Mitwirkung zu den in diese Kategorie gehörigen Angelegenheiten äußern muß. Darüber aber, ob die Erbregulierung unter diese Kategorie fällt oder nicht, findet sich kein Anhalt.[1]) Praktisch gestaltete sich die Sache so, daß der Einzelrichter oder der Deputierte oder Kommissarius des Kollegialgerichts die Punkte, über welche kein Streit bestand, erledigte.[2]) Bestand aber kein Streit, so mußte die Klage abgewiesen werden, nnd zwar nicht deshalb, weil ihr eine prozeßhindernde Einrede entgegenstand, sondern weil es an einer Rechtsverletzung, die nach gemeinem Recht Voraussetzung jeder Klage ist, fehlte.[3])

Was das Gebiet des preußischen Rechts anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß auch die allgem. Gerichtsordnung (I, 46) von der Voraussetzung ausging, daß die frei-

[1]) Puchta, Freiw. Gerichtsbark. Bd. 1 S. 63, 32, Bd. 2 S. 264 ff.

[2]) Puchta a. a. O. Bd. 1 S. 156 ff.

[3]) OAG. Darmstadt in Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 53; Savigny, System Bd. 1 § 4 S. 7 ff., Bd. 5 § 205 S. 5.

willige wie die streitige Gerichtsbarkeit von demselben Richter ausgeübt wird. Der hier behandelte Fall konnte also wie im gemeinen Recht nicht praktisch werden.

Das änderte sich durch § 29 der Verordnung v. 2. 1. 1849 insofern, als die zweiten Abteilungen der Gerichte, welchen die Erbregulierungen zugewiesen waren, nicht die streitige Gerichtsbarkeit hatten, und also die Entscheidung der dabei entstandenen Streitigkeiten der ersten Abteilung als dem eigentlichen Gerichte zukam.[1]) Dagegen fehlte eine Vorschrift, die den Nachlaßrichter für befugt und verpflichtet erklärte, die sich im Erbteilungsverfahren erhebenden Streitigkeiten zur Verhandlung und Entscheidung an das Prozeßgericht zu überweisen. Wie Fischer des näheren auseinandersetzt, war das Verfahren bei den verschiedenen Gerichten ungleich, zum Teil unsicher. Teils begrenzte der Nachlaßrichter, teils der Prozeßrichter seinen Wirkungskreis zu eng; öfters waren die beiden Abteilungen ein und desselben Gerichts untereinander nicht einig, wie weit die Funktionen der einen oder der anderen sich zu erstrecken hätten. Das rechtsbedürftige Publikum war hierbei stets der leidende Teil.[2]) Hier interessiert nur die Feststellung, daß auch nach der Entscheidung des Obertribunals v. 3. 6. 1853 unklar blieb, was Rechtens sei.[3]) Der hier vorliegende Fall ist, soweit ermittelt, in der ganzen Literatur des preußischen Rechts nur einmal gestreift worden. Märker berichtet,[4]) daß das Kammergericht in einem (ungedruckten) Reskript v. 29. 6. 1866 (GenAkt. des Berliner Stadtgerichts KredAbt. Bd. 23 S. 5) ausgesprochen hat, daß die förmliche Instruktion der Streitpunkte vor dem Nachlaßrichter bei dem jetzigen Prozeßverfahren keinen Zweck habe. Nun mag zugegeben werden, daß die Instruktion der Streitpunkte durch den Nachlaßrichter des Zweckes entbehrte, offen bleibt aber die Frage, ob trotzdem nach geltendem Rechte ein Vorverfahren vor dem Nachlaßrichter notwendig war. Jeder Versuch, heute noch diese Frage zu lösen, scheitert an der fast grenzenlosen Verwirrung der Materie.

---

[1]) Koch, Erbrecht S. 1222.

[2]) Fischer, über die Funktionen usw. S. 3ff.; Koch a. a. O.

[3]) Striethorsts Arch. Bd. 10 S. 67 und dazu Fischer a. a. O. S. 14ff.

[4]) Märker S. 149.

Nun änderte sich hierin, soweit unsere Frage in Betracht kommt, nach dem Inkrafttreten der Zivilprozeßgesetzgebung von 1879 nichts; das bisherige Verfahren betr. die freiw. Gerichtsbarkeit blieb, soweit es hier interessiert, in Geltung. Konnte früher der Deputierte des Kollegialgerichts die streitigen Punkte von den unstreitigen sondern, so konnte dies jetzt gemäß § 311 ZPO. a. F. der beauftragte Richter. Dies berührt aber das theoretische Problem, das auch in dieser Periode weder von der Wissenschaft noch von der Rechtsprechung entschieden ist, in keiner Weise. Im Ergebnis ist festzustellen, daß weder das gemeine Recht noch das Landrecht hierzu Stellung genommen hat, daß jedenfalls das Verfahren unter der Herrschaft dieser Gesetze ganz verworren war. Von einer Anknüpfung an diesen Rechtszustand kann überhaupt nicht gesprochen werden. Die Frage, ob der Beklagte, falls eine Anrufung des Nachlaßrichters nicht erfolgt ist, dem Kläger eine prozeßhindernde Einrede entgegensetzen kann, bleibt also nach wie vor offen.

Anders liegt die Sache nach dem rheinpreußischen Ges. vom 22. 5. 1887. Hier ist in den Motiven ausdrücklich gesagt worden, daß es den Parteien jederzeit freisteht, den Prozeßweg zu beschreiten.[1]) Nun sind allerdings die Bestimmungen des rheinpreußischen Rechts und des ihm im wesentlichen folgenden elsaß-lothringischen Rechts (Ges. v. 14. 6. 1888) den Vorschriften des Reichsrechts im allgemeinen zugrunde gelegt.[2]) Nach diesen Gesetzen hat aber, wie die Denkschrift (S. 58 a. a. O.) annimmt, das Prozeßgericht nur über Streitpunkte, die sich bei der Teilung ergeben, zu entscheiden, dagegen erfolgt die Auseinandersetzung selbst in einem Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit vor dem Amtsgericht und einem von diesem beauftragten Notar. Vergleicht man hiernach die Motive zum rheinpreußischen Gesetz und die Denkschrift zum Gesetz betr. die freiw. Gerichtsbarkeit, so ergibt sich ein gewisser Widerspruch. Es bleibt recht zweifelhaft, ob bei der Schaffung des Gesetzes betr. die freiw. Gerichtsbarkeit der

---

[1]) Stenogr. Ber. über die Verhandl. des preuß. Landtags 1887 Anl.-Bd. 2 S. 1394.

[2]) vgl. auch code civil art. 815 ff.; Hahn-Mugdan Bd. 7 S. 59.

Gesetzgeber die Motive des rheinpreußischen Gesetzes im Auge gehabt hat. Denn in der Denkschrift (S. 59) wird das Bedürfnis für ein besonderes gerichtliches Verfahren behufs Vermittlung der Auseinandersetzung stark betont und darauf hingewiesen, daß ein solches in zahlreichen Fällen zu einer gütlichen Einigung führt. Wenn der Gesetzgeber dies anerkennt, so erscheint der Schluß nicht ungerechtfertigt, daß er die Parteien auch zwingen wollte, zunächst dieses Verfahren einzuschlagen. Jedenfalls ist auch hier nicht mit Sicherheit zu erkennen, welchen Willen der Gesetzgeber gehabt hat. Die Frage bleibt also weiter offen.

Nun ließe sich allerdings sagen, daß hier einer der Fälle vorliege, in denen der Prozeßweg stets zulässig ist, das Gesetz aber trotzdem daneben auch die Erledigung der Angelegenheit im Wege der freiw. Gerichtbarkeit gestatte. Aus der Zulässigkeit des letztgenannten Verfahrens könne nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der Prozeßweg verschlossen sei.[1])

Es liegen aber im gegebenen Falle schwerschwiegende Bedenken dagegen vor, daß der Gesetzgeber den Parteien zwei nebeneinander laufende Wege zur Durchführung ihrer Ansprüche habe geben wollen. Die Wege können sich, wie oben ausgeführt, kreuzen. Sehr viel wichtiger ist aber, daß aus justizpolitischen Gründen ein Vorverfahren für die Parteien nicht nur zweckmäßig, sondern sogar geboten erscheint. Erfahrungsgemäß wird durch Erbstreitigkeiten der Familienfrieden schwer gestört. Der Staat, der ein lebhaftes Interesse daran hat, daß dies nicht geschieht, hat den größten Anlaß, streitende Verwandte zu zwingen, vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zwecke der Sühne zu erscheinen. Daß dann in zahlreichen Fällen eine gütliche Einigung erzielt wird, bezeugt die Denkschrift (S. 59) selbst, während der Prozeßrichter, der den Verhältnissen ferner steht, einen Vergleich natürlich viel schwerer zustande bringen kann. Gelingt der Vergleich nicht, so schiebt sich der meist wohl recht langwierige Prozeß nur kurze Zeit hinaus. Der Prozeßrichter wird, da der Regel nach eine Anzahl von Streitpunkten von dem Nachlaßrichter erledigt werden, entlastet und nicht vor Aufgaben

---

[1]) Hellwig, System § 22 II, 2b und Anm. 15 S. 59.

gestellt, die er nach Lage des geltenden Prozeßrechtes oft kaum lösen kann. Weiter aber kann nicht übersehen werden, daß das Landrecht und das französische Recht auf das römischrechtliche i. f. e. zurückgriffen.[1]) Da das heutige Recht aber den römischen Teilungsprozeß ganz aufgegeben hat, so darf dieser auch nicht durch eine Hintertür wieder eingeführt werden. Die Verfahrensart der früheren Gesetze, die auf dem gegenteiligen Standpunkt stehen, kann also für die hier in Betracht kommende Frage nicht ins Gewicht fallen.

Nach dieser Untersuchung ist zu dem Satze O. Fischers zurückzukehren, daß das Gesetz den Weg zur Durchführung des Auseinandersetzungsanspruches weder eröffnet noch ordnet, daß also eine Lücke im Gesetz vorhanden ist. Diese Lücke ist aus den dargelegten Gründen durch den Satz auszufüllen, daß der Beklagte dem Kläger, falls dieser nicht vor Erhebung der Klage den Weg der §§ 86 ff. FGG. beschritten hat, die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegensetzen kann.

Somit ergibt sich, daß in diesem Punkte die Klage aus § 2042 der a. f. e. nicht entspricht.

§ 3.

Bei der Erbteilungsklage decken sich Aktiv- und Passivlegitimation im Bürgerlichen Gesetzbuche stets und im römischen Recht wenigstens der Regel nach.[2]) Hier kann ausnahmsweise der minderjährige Miterbe nur provocationem exspectare, nicht aber selbst die a. f. e. anstrengen (D. 27. 9. 7. pr.). Ebenso liegt es bei einem zur dos bestellten Grundstück an dem eine dritte Person Miteigentum hat.[3])

Parteien sind zunächst die Miterben (D. 10. 2. 1 pr., § 2042). Dabei macht es im römischen Recht keinen Unterschied, ob die Erbfolge auf ius civile oder das prätorische Erbrecht gestützt ist (D. 10. 2. 24. 1, 10. 2. 40).

---

[1]) Weißler S. 404.

[2]) Wenn also im folgenden der Einfachheit halber meist vom Kläger gesprochen wird, so hat das entsprechend für den Beklagten zu gelten.

[3]) Eck S. 113; Geib S. 27; Berger S. 14. Über den von Berger a. a. O. Anm. 2 angedeuteten dritten Fall vgl. unten.

Der Kläger muß seine Sachlegitimation, also sein Erbrecht darlegen. Klagt der Miterbe nicht selbst, sondern eine der weiter unten bezeichneten Personen, so muß diese das Erbrecht ihres Auktors nachweisen. Nach römischem Recht hat, wenn dies bestritten, der Beklagte die Einrede, quod praeiudicium hereditati non fiat; die Teilungsklage ist abzuweisen (C. 3. 36. 20), und der Kläger hat zunächst die hereditatis petitio partiaria anzustrengen.[1])

Diese mit Rücksicht auf die Zuständigkeit des Centumviralgerichts für die Erbschaftsklage gewährte Einrede ist im gemeinen Recht nicht mehr gegeben, hier wird die hereditatis petitio mit der a. f. e. kombiniert.[2]) Ist der Kläger Allein- oder Mitbesitzer der Erbschaft, so erkennt nach römischem wie gemeinem Recht der Richter im i. f. e. über das bestrittene Erbrecht (D. 10. 2. 1. l).

Entsprechendes muß für das Bürgerliche Gesetzbuch gelten. Ein besonderes Prozeßverfahren findet nicht statt.

Utiliter haben die a. f. e., obwohl sie nicht Erben sind,[3]) zunächst der Arrogierte, der die quarta divi Pii zu fordern hat (D. 10. 2. 2. 1), der Fideikommissar (D. 10. 2. 40) und die arme Witwe (D. 10. 2. 2. 1, 37. 6. 1. 21).

Dies ist dem heutigen Recht fremd. Zu bemerken ist aber, daß wenn man die arme Witwe, wie einige mit Rücksicht auf Nov. 53. 6. 1 wollen, als Miterbin auffaßt,[4]) der Unterschied zum heutigen Recht fortfällt.

Dem Käufer des Anteils eines Miterben steht anfänglich die a. f. e. nicht zu, später jedoch erhält er die Klage utiliter.

Die Entwicklung ist folgende: Als Singularsukzessor[5]) erwirbt er nicht die Erbschaft als solche und erhält auch nicht die Rechtsstellung des veräußerten Miterben. Dieser muß ihn aber in-

---

[1]) vgl. Glück Bd. 11 S. 8; Unger Bd. 6 § 44 Anm. 6 S. 192; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 176 I a S. 349 und Anm. 5; Köppen S. 234.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 Ziff. 5 Nr. 3 S. 504; Seuffert, Pand. Bd. 3 § 590 Anm. 1 S. 249; Planck in Krit. VSchr. Bd. 2 S. 189 ff.; Sintenis Bd. 3 § 188 Nr. 2 S. 512; Köppen S. 236; OAG. Lübeck in Seufferts Arch. Bd. 4 Nr. 152.

[3]) Westphal §§ 681, 682 S. 403 ff.; Köppen Bd. 3 S. 682, 686; Windscheid-Kipp § 574 Ziff. 1 und Anm. 10.

[4]) vgl. Köppen Bd. 3 S. 692.

[5]) Wächter Bd. 2 § 310 S. 788.

stand setzen, die Erbschaftsansprüche zu verfolgen, und soll daher die ihm zustehenden Klagen, also auch die a. f. e. abtreten (D. 18. 4. 2. 3, mandare actiones).[1] Diese bleibt an sich bei dem Veräußerer; was er darauf einklagt, hat er jedoch herauszugeben[2]) (D. 18. 4. 24). Später ist eine besondere Zession nicht mehr erforderlich, der Erwerber erhält die actio utilis[3]) (D. 2. 14. 16 pr., C. 4. 39. 5).

Heute kann jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen (§ 2033 Abs. 1), eine Regelung, die an sich zum Prinzip der gesamten Hand im Widerspruch steht,[4]) aber hier auf Grund eines praktischen Bedürfnisses getroffen wurde.[5]) Demnach kann derjenige die Auseinandersetzung begehren, welchem ein Miterbenanteil übertragen ist, sei es durch Abtretung, sei es durch Pfändung und Überweisung[6]) (§§ 2033, 859 Abs. 2 ZPO.).

Der Käufer hat also die Klage aus § 2042. Im Gegensatz zum gemeinen Recht ist aber anzunehmen, daß heute die Erbenstellung selbst — das Erbrecht selbst — durch die Abtretung des Erbteils nach § 2033 Abs. 1 übertragen wird.[7]) Über diese Frage herrscht allerdings ein lebhafter Streit.

Es sind die Meinungen vertreten, daß der Erwerber die Rechtsstellung des Miterben[8]) oder die Mitgliedschaft des Ver-

---

[1]) Köppen S. 281; Wächter Bd. 2 § 310 und Nr. 3 S. 788; Unterholzner Bd. 2 § 475 II, 1 S. 288; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 168, 1 und Anm. 6 S. 329; Arndt § 540 S. 938; Windscheid-Kipp Bd. 3 § 621 Ziff. 2 S. 565.

[2]) Sintenis Bd. 3 § 206 Anm. 11 S. 673.

[3]) Windscheid-Kipp § 621 Anm. 10 S. 565.

[4]) Knoke S. 85; Planck Bd. 5 zu § 2033 Anm. 1 S. 250; Leonhard zu § 2033 Bem. I S. 172.

[5]) Prot. Bd. 5 S. 837 f.

[6]) Die Fragen, die sich an die Pfändbarkeit des Anteils am Nachlaß knüpfen, dürften wohl außerhalb des Rahmens der Aufgabe liegen.

[7]) Binder Bd. 3 S. 95; derselbe in ZHR. Bd. 59 S. 75 (neuerdings s. S. 15 Anm. 1); Eck, Vorträge Bd. 3 S. 230; Endemann Bd. 3 S. 362/63; derselbe in JurW. 1910 S. 92; Kreß S. 176 („Miterbenstellung selbst") S. 232 Anm. 18; Jaeger S. 107; Schmale im ZBlFG. Bd. 4 S. 181; Leonhard zu § 2033 III C S. 173; RG. Bd. 64 S. 173.

[8]) Strohal Bd. 2 S. 97; Kipp, Erbrecht S. 265; Kretzschmar S. 536; Matthiaß S. 452; Planck zu § 2033 Anm. 2c; Staudinger zu § 2033 Bem. 1; KG. in OLG. Bd. 11 S. 274.

äußerers in der Erbengemeinschaft[1]) oder den Anteil am Nachlaß[2]) erhält. Diesen Fragen ist aber im Rahmen der Arbeit nicht näher zu treten, denn nach allen Theorien steht dem Käufer die Klage aus § 2042 unbedenklich zu.

Dagegen muß die Ansicht von Wendt[3]) besprochen werden; nach ihm ist „die Übertragung des Erbteils eine Abtretung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird". Daraus würde m. E. die Konsequenz zu ziehen sein, die Wendt als wohl selbstverständlich nicht zieht: Der Erwerber hat nicht die Teilungsklage, sondern eben nur eine Klage auf das Guthaben des Miterben, der ihm seinen Erbteil übertragen hat, und es bleibt demnach die Klage auf Auseinandersetzung bei dem veräußernden Miterben. Damit ergäbe sich eine entfernte Ähnlichkeit mit der Regelung im älteren römischen Recht (vgl. S. 13). Die Ansicht Wendts ist aber heute allgemein verworfen.[4]) Sie läßt sich mit dem Wortlaut des § 2033 nicht vereinigen; die technische Bedeutung der „Verfügung" im Bürgerlichen Gesetzbuch steht ihr entgegen.[5]) Dem Miterben wird hier eben ein weitgehendes Recht eingeräumt, wie dem Gesellschafter nach § 719.[6])

Daß aber die Teilungsklage dem Erwerber eines Erbteils zu gewähren ist, kann ohne weiteres aus § 86 Abs. 2 FGG. hergeleitet werden. Wenn ihm hier ein formelles Recht zur Stellung des Antrags auf Auseinandersetzung gegeben wird, muß ihm folgerecht auch ein materieller Anspruch zustehen.[7])

Auch der Pfandgläubiger an dem Anteil eines Miterben hat m. E. a. f. e. utilis.

Die Richtigkeit dieses Satzes ist allerdings äußerst zweifelhaft.

---

[1]) Sohm im ArchBürgR. Bd. 28 S. 199; Binder ebenda Bd. 34 S. 237; Josef im ArchZivPrax. Bd. 99 S. 319; Mayer-Reis S. 175 Ziff. 2; KG. in OLG. Bd. 2 S. 242, Bd. 4 S. 190.

[2]) Pringsheim S. 35; Crome Bd. 5 S. 696 und Anm. 28; RG. Bd. 60 S. 131; RG. in DJZ. 1907 S. 300; OLG. Colmar in OLG. Bd. 6 S. 316.

[3]) Wendt im ArchZivPrax. Bd. 89 S. 455.

[4]) vgl. die S. 14 Anm. 7, 8, S. 15 Anm. 1, 2.

[5]) Matthiaß § 316 Anm. 4 S. 751.

[6]) Leonhard, Strohal a. a. O.

[7]) Pringsheim S. 74.

Die Quellen enthalten hierüber nichts; ebensowenig hat sich eine Stelle in der Literatur gefunden, in der hierüber gehandelt wird. Auch über die entsprechende Frage, ob dem Pfandgläubiger an dem Anteil eines Miteigentümers die actio communi dividundo zusteht, schweigen die Quellen. Aber dieser Fall ist in der Literatur im Anschluß an D. 10. 3. 7. 13 und C. 3. 37. 2 besprochen; hier wird dem Miteigentümer die actio communi dividundo gegen den Pfandgläubiger des anderen Teils gewährt.[1])

Ob auch im umgekehrten, hier interessierenden Fall die actio communi dividundo gegeben ist, darüber herrscht Streit. Glück[2]) und Dernburg[3]) verneinen die Frage. Sie führen aus, daß kein definitives Resultat zu erreichen sei, indem der Verpfänder nicht an das Urteil gebunden ist, wenn er am Prozeß nicht teilgenommen hat. Im Anschluß daran weist neuerdings Berger[4]) darauf hin, daß die Teilungsklage eines Pfandgläubigers gegen den Miteigentümer eine Kürzung des Eigentumsrechtes gegenüber dem schwächeren Pfandrecht bedeuten würde, die man den klassischen Juristen besser nicht unterschieben solle. M. E. aber bejahen Sintenis[5]) und das Obertribunal[6]) die Frage zu Recht. Es beruht dies einmal auf der Natur der Teilungsklage als iudicium duplex, bei dem beide Teile als Kläger und Beklagter anzusehen sind, und dann auf dem Umstand, daß die a. f. e. als Vorbereitung der actio hypothecaria dient. Dem tritt Eck[7]) bei, indem er ausführt, daß die Teilungsklage notwendig sei, da mangels einer Übereinstimmung der Mitbesitzer das Besitzrecht des Pfandgläubigers überhaupt lahmgelegt werde. Damit ist auch die Ansicht von Berger widerlegt, daß eine systemlose und unbillige Kürzung des Eigentums gegenüber dem schwächeren Pfandrecht stattfinde. Das schwächere Pfandrecht muß das Eigen-

---

1) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 395.

2) Glück Bd. 11 S. 124 und Anm. 13.

3) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 396.

4) Berger S. 65 f.

5) Sintenis, Pfandrecht S. 593.

6) Seufferts Arch. Bd. 10 Nr. 233 S. 853 ff.

7) Eck S. 111. Was Eck hier von der Klage des Mitpfandbesitzers gegen den Mitpfandbesitzer sagt, wird m. E. auch von der Klage des Mitpfandbesitzers gegen den mitbesitzenden Miteigentümer gelten müssen.

tum des unbeteiligten Miteigentümers überwinden, weil es auf keine andere Weise das Miteigentum des Pfandschuldners überwinden kann. Der Umstand, daß das Miteigentum des Unbeteiligten durch das Pfandrecht berührt wird, ist nur eine Folge, die den Unbeteiligten eben wegen eines Verhältnisses zu dem Pfandschuldner treffen muß. Es steht also dem Pfandgläubiger die actio communi dividundo zu.

Ob man dieses Ergebnis analog auch für die a. f. e. anwenden darf, ist, soweit bekannt, nirgends ausgesprochen, doch möchte ich es bei der nahen Verwandtschaft beider Klagen[1]) annehmen.

Allerdings heißt es in D. 10. 3. 6. 11, cetera eadem sunt, quae in familiae erciscundae iudicio tractavimus, so daß man kaum sagen kann, daß bei der a. f. e. die Vorschriften der a. c. d. Anwendung finden, wie dies in § 2042 Abs. 2 für die §§ 749 Abs. 2, 3, 750—758 bestimmt ist. Aber hier enthält ja die a. c. d. ebenfalls keine direkten Vorschriften, und die Ansicht, daß dem Pfandgläubiger die a. c. d. zusteht, beruht auf einer Fortbildung des Gesetzes, die allgemeiner Natur ist.

Ist diese Ansicht richtig, die, wie ich wiederholen möchte, beim Schweigen der Literatur recht zweifelhaft bleibt,[2]) so entsprechen sich die a. f. e. und die Klage aus § 2042, denn dem Pfandgläubiger steht heute unbedenklich aus denselben Gründen wie dem Käufer nach § 2033 Abs. 1 die Auseinandersetzungsklage zu.

Dann ist weiter zu fragen, in welchem Zeitpunkt die Klage gegeben ist. Nach Eck jederzeit, nach Sintenis und dem Obertribunal erst nach Eintritt der Fälligkeit. Der letzteren Ansicht ist beizutreten, denn die Teilungsklage ist nur vorbereitend für die Geltendmachung und Ausführung der hypothekarischen Klage.[3])

---

[1]) Geib (S. 13 Anm. 25) bezeichnet die a. c. d. als generelle Teilungsklage gegenüber der speziellen, aber selbständigen und älteren a. f. e. Daß die a. f. e. tatsächlich die ältere Teilungsklage ist, wird man unbedenklich annehmen dürfen, obwohl Brinkmann (S. 39) und Bekker (Aktion Bd. 1 S. 230) dies nur als wahrscheinlich bezeichnen. Vgl. insbes. Girard (v. Mayr) S. 682; Dernburg-Sokolowsky, System des römischen Rechts Bd. 1 S. 332; Berger S. 1 f.

[2]) A. M. anscheinend Berger S. 14, 65 f.

[3]) ObTr. in Seufferts Arch. Bd. 10 Nr. 236.

Es entsprechen sich auch in dieser Beziehung altes und neues Recht. Wer an dem Anteil eines Miterben ein Pfandrecht erworben hat, kann auf Auseinandersetzung erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung klagen; § 1258 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden.[1])

Dafür, daß dem Usufruktuar an dem Anteil eines Miterben die a. f. e. gegen die anderen Miterben zusteht, bieten weder Quellen noch Literatur einen hinreichenden Anhalt. Wenn für die Zeit, wo die Ausübung des Nießbrauchs übertragbar war, eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Teilnießbrauchern zulässig war,[2]) so kann daraus m. E. kein Schluß gezogen werden, daß auch die a. f. e. utilis gegeben ist.

Dagegen kann unter entsprechender Anwendung des § 1066 die Auseinandersetzung von dem Nießbraucher an dem Anteil eines Miterben verlangt werden, aber nur von ihm und dem Miterben gemeinschaftlich (§ 1066 Abs. 2). Der Nießbraucher erlangt dann durch das Urteil einen Nießbrauch an den dem Miterben zufallenden Gegenständen.[3])

Es ist weiter zu prüfen, ob bei der Auseinandersetzungsklage notwendigerweise sämtliche Miterben klagen bezw. verklagt werden müssen, so daß, wenn nicht alle klagen oder verklagt werden, ein Mangel der Aktiv- oder Passivlegitimation vorliegt (exceptio plurium litis consortium).

Im gemeinen Recht besteht hierüber lebhafter Streit. Er beruht auf einer Stelle des Paulus,[4]) in der die Zulässigkeit der a. f. e. für den Fall, daß nicht sämtliche Miterben beteiligt sind, verneint wird, während Ulpian (D. 10. 2. 2. 4), und mit ihm stimmt Paulus an einer anderen Stelle überein (D. 10. 3. 8 pr.), lehrt, daß die Teilung auch gegenüber einigen von mehreren Teilhabern zulässig sei. Daß eine Teilung unter wenigen Kom-

---

[1]) Binder Bd. 3 S. 86 Nr. 127; Planck zu § 2042 I S. 242.

[2]) Eck S. 110.

[3]) Staudinger Bd. 3 zu § 1089 Nr. 3 S. 585; Planck Bd. 3 zu § 1089 Anm. 3 S. 473.

[4]) Rec. sent. I, 18 § 4: Iudex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est; alioquin inutiliter datur.

munionsinteressenten stattfinden kann, hat Zimmermann[1]) eingehend nachgewiesen. Er geht zunächst davon aus, daß der Ausspruch des Paulus nicht in die Sammlung Justinians aufgenommen und daher ohne Gewicht sei. Er weist ferner darauf hin, daß zwischen den beiden Stellen kein Widerspruch bestehe, indem er die Stelle des Paulus auf den Fall bezieht, daß von der einen Seite ein iudicium inter paucos, von der anderen inter omnes beantragt sei, worauf auch der Gegensatz nec inter paucos, — sed inter omnes hindeutet.[2])

Zimmermann folgen mit Windscheid die meisten Neueren.[3])

Will man der Auslegung, die Zimmermann der Sentenz des Paulus gibt, nicht beitreten, so wird m. E. der Erklärung Plancks,[4]) der den Ton auf das inutiliter datur legt, zuzustimmen sein. Der Jurist weist in der Stelle nur auf die Erfolglosigkeit einer Teilung unter wenigeren hin, denn die übrigen nicht zugezogenen Miterben werden eine neue Teilung veranlassen.[5])

Auf der anderen Seite führt Dernburg[6]) aus, daß dem Ausspruch des Paulus, wenn er auch nicht in das Corpus iuris aufgenommen, immerhin Gewicht beizumessen sei. In beiden Stellen werde bezeugt, daß sich die Parteien auf ein Verfahren unter wenigeren einlassen können, aber nicht müssen. Denn das iudicium f. e. könne in diesen Fällen nicht abschließend sein, da es den nicht zugezogenen Teilhabern gegenüber unwirksam sei. Dabei würdigt Dernburg m. E. nicht genügend die bemerkenswerte Ausführung Zimmermanns,[7]) daß dem Können der Parteien ein Müssen des Magistrats entspreche, also dem

---

[1]) Zimmermann im ArchZivPrax. Bd. 34 S. 329 ff.

[2]) Zimmermann a. a. O. S. 338.

[3]) Windscheid-Kipp § 608 Ziff. 5 u. Anm. 29; Arndts § 527 S. 940; Brinz Bd. 3 § 407 u. Anm. 27, 28 S. 277; Sintenis Bd. 3 § 188 u. Anm. 4; Vangerow § 514 Ziff. 2 S. 374; Keller, Pand. Bd. 2 § 541 S. 498; Köppen S. 239.

[4]) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 119.

[5]) Hierüber s. unten.

[6]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 197 Anm. 22.

[7]) Zimmermann a. a. O. S. 334.

Rechte eine Pflicht gegenüberstehe. Dernburg[1]) geht aber m. E. auch zu weit, wenn er sagt, ein solches Verfahren könne kein abschließendes Ergebnis haben, da es den nicht zugezogenen Miterben gegenüber unwirksam sei. Das letztere ist allerdings zutreffend, ein definitives Resultat aber kann erzielt werden, wenn die nicht betroffenen Erben zustimmen.[2]) Andernfalls ist das Urteil oft ohne praktische Bedeutung, und eine unnötige Vervielfältigung der Prozesse könnte leicht die Folge sein. Dies geltend zu machen, ist aber Sache des Beklagten. Denn es steht ihm vermöge der Duplizität des Rechtsmittels jederzeit das Recht zu, seinerseits auf eine Teilung unter allen Mitberechtigten zu provozieren und die übrigen Genossen zu dem Prozesse zuzuziehen.[3]) Macht er hiervon keinen Gebrauch, so kann er durch die Einrede des Vorhandenseins mehrerer Miteigentümer das Verlangen des Klägers auf Aufhebung der Gemeinschaft nicht beseitigen.[4])

Dem entspricht das heutige Recht. Allerdings enthält das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum Corpus iuris keine besonderen Vorschriften. Es bedürfte aber einer ausdrücklichen Bestimmung, daß alle Klagen auf Erbteilung nur gegen sämtliche Miterben zu richten sind;[5]) das Gesetz bietet hierfür jedoch keinerlei Anhalt.[6])

Es ist davon auszugehen, daß die Miterben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Fordert nun der Kläger nur von einzelnen Miterben Auseinandersetzung nach § 2042, so kann der Beklagte nicht geltend machen, daß ihm die Passivlegitimation fehle, da ihm die Verfügungsmacht über den Anspruch nicht allein zustehe. Dieser Einwand ist nicht zu beachten, denn er kann nur die Durchführung des Anspruchs

---

[1]) Ebenso Planck a. a. O. S. 119.

[2]) Dies wird häufig der Fall sein.

[3]) RG. Bd. 1 S. 321.

[4]) RG. a. a. O.; vgl. auch RG. Bd. 12 S. 198.

[5]) Die Miterben sind notwendige Streitgenossen bei der Gesamthandsklage des § 2059 Abs. 2, also vor der Teilung des Nachlasses (RG. Bd. 71 S. 366).

[6]) Hellwig, Anspruch S. 187 Nr. 21; a. M. Lux S. 47, ohne Begründung.

berühren, insofern als nach § 747 ZPO. bis zur Teilung ein gegen alle Erben ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß erforderlich ist.[1]) In der Tat haben Wissenschaft[2]) und Praxis[3]) die Zulässigkeit einer Auseinandersetzung unter einem Teil der Miterben anerkannt.

Die Entscheidung des Reichsgerichts (JurW. 1904 S. 61), auf die Dernburg[4]) die gegenteilige Ansicht stützt, kann nicht herangezogen werden, denn hier liegt in Wahrheit gar keine Klage auf Auseinandersetzung vor, sondern es wird von der als Alleinerbin auftretenden Beklagten eine bestimmte Geldsumme und Übertragung aus dem Nachlasse herrührender Buchrechte verlangt. Damit aber fordert die Klägerin von der Beklagten eine Leistung, zu welcher diese bei Vorhandensein der von der Klägerin behaupteten Erbengemeinschaft nicht verpflichtet ist. Die Klage war demnach abzuweisen. Das Reichsgericht will hier offenbar nur sagen, daß der Erbe vor der endgültigen Auseinandersetzung einzelne verfügbare Gegenstände verlangen kann, wenn dadurch berechtigte Interessen der anderen Miterben nicht verletzt werden.[5]) Dieser Grundsatz ist übrigens auch in anderen Entscheidungen aufgestellt.[6])

Gegen die Gefahr der Zustimmungsverweigerung von seiten der nicht mitverklagten Miterben und die so gegebene Unmöglichkeit einer Vollstreckung sich zu sichern, ist Sache des Klägers.[7])

Offen bleibt hierbei die Frage, ob der Beklagte nicht unter Umständen in eine ungünstige Lage versetzt werden kann, indem er in nutzlose Prozesse verwickelt wird. Die Duplizität des Rechts-

---

[1]) Josef bei Gruchot Bd. 49 S. 38.

[2]) Crome, System Bd. 5 S. 721 Anm. 99; Kretzschmar im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1908 S. 161 V, 2, Erbrecht S. 466; Kipp bei Windscheid Bd. 3 S. 884, Erbrecht S. 226 IV, Anm. 1; Leonhard zu § 2042 IV C S. 184, zu § 2046 III C S. 189; Planck Bd. 5 Vorbem. zu § 2042 ff. Ziff. 4 S. 271, zu § 2042 Anm. 1 S. 272; Staudinger Bd. 5 zu § 2042 II, 1 S. 312.

[3]) KG. in OLG. Bd. 4 S. 119; OLG. Colmar in OLG. Bd. 11 S. 230; LG. Köln im ZBlFG. S. 372.

[4]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 516 Anm. 8.

[5]) Planck Bd. 5 zu § 2042 Anm. 1 S. 272; Josef a. a. O. S. 40 ff.

[6]) RG. im Recht 1910 Nr. 2376.

[7]) RG. Bd. 1 S. 320, Bd. 12 S. 199; Josef a. a. O. S. 39.

mittels, die im gemeinen Recht gegeben war, versagt heute, und so besteht allerdings die Gefahr, daß der Erbteilungsanspruch in verschiedenen Prozessen erörtert wird und entgegengesetzte Entscheidungen ergehen.

Auf der anderen Seite ist die Aufrechterhaltung der Erbengemeinschaft unter den übrigen Miterben allerdings nur dann möglich, wenn der ausscheidende Miterbe zustimmt, da nach §§ 2042 Abs. 2, 753 jeder Miterbe die Versilberung der nicht in Natur zahlbaren Gegenstände verlangen kann.[1])

§ 4.

Es herrscht lebhafter Streit darüber, ob der a. f. e. überhaupt ein Anspruch auf Teilung gegen den Miterben zugrunde liegt, und wenn dies der Fall ist, ob er dinglichen oder persönlichen Charakter hat.

Es wird anzunehmen sein, daß bei der a. f. e. als einer Klage von „anomaler Natur" es sich weder um einen dinglichen noch um einen obligatorischen Anspruch gegen die anderen Miterben handelt.[2]) Es gab, wie Karlowa a. a. O. ausführt, „ein einheitliches privates Teilungsgeschäft nicht, während die richterliche Teilung zwar aus verschiedenen Adjudikationen, beziehungsweise Kondemnationen bestehen konnte, dieselben aber in einem einheitlichen, den Zweck der Auseinandersetzung der Genossen habenden Urteil zusammenfaßte". Die Parteien könnten einen etwa vorhandenen Anspruch gar nicht erfüllen, weil er auf eine Leistung gerichtet ist, die nicht von ihnen, sondern von dem Richter vorzunehmen ist.[3]) Der Richter teilt, und indem er teilt, führt er nicht ein Rechtsgeschäft statt der Parteien aus, „denn dieses müßten sie doch im Falle der Einigkeit selbst auch in gleicher Weise vornehmen können". Sie können sich eben wegen der Erbschaft nicht auseinandersetzen, sondern einander nur be-

---

[1]) Kretzschmar im Sächs. Arch. 1908 S. 161 Anm. 40.

[2]) Köppen S. 224; Geib S. 89; Göppert S. 559; Karlowa Bd. 2 S. 457; Hartmann S. 143; Köppen S. 224; Kohler in Zeitschr. f. franz. Zivilrecht Bd. 8 S. 181 ff.

[3]) Köppen S. 226.

stimmte Vermögenszuwendungen machen.[1]) Sie sind gezwungen, die actio anzustrengen, auch dann, wenn sie einig sind, und „nur wegen der Schwierigkeit der Ausführung allein nicht damit fertig werden können".[2]) So wird man zu der Auffassung kommen, daß der a. f. e. kein Anspruch gegen den Miterben zugrunde liegt, sondern daß hier eine actio sui generis[3]) gegeben ist, die dem Miterben nur die Befugnis gewährt, in der Form des Prozesses von dem Richter die Vornahme eines Geschäftes zu verlangen.[4]) Für die Parteien besteht ein Einlassungszwang und die gesetzliche Verpflichtung, sich dem Spruch des Richters über die Auseinandersetzung zu unterwerfen (J. 4. 6. 20; D. 10. 2. 3, 10. 2. 22, 1—3, 10. 2. 52. 2).[5]) Dieser Einlassungszwang ist seinem „innersten Wesen nach" öffentlichrechtlicher Natur.[6])

Dem steht das bürgerliche Recht scharf gegenüber. Die heutige Auseinandersetzungsklage gründet sich auf einen Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.).

Um aber den Vergleich beider Klagen fortführen zu können, muß man der hier bekämpften Auffassung, daß der a. f. e. ein privatrechtlicher Anspruch zugrunde liegt, folgen. Dann fragt es sich weiter, welchen Charakter dieser Anspruch hat, und ob er seinem Charakter nach mit dem heutigen Anspruch auf Auseinandersetzung übereinstimmt. Dies ist zu bejahen.

Brinz, Steinlechner, Eisele und Audibert[7]) haben den Anspruch auf Auseinandersetzung unmittelbar aus dem dinglichen Recht der Miterben, aus ihrem Miteigentum, abgeleitet. Identisch mit der Unerzwingbarkeit des Verbleibens in einer Gemeinschaft, faßt Brinz es als „integrierenden Bestandteil" des dinglichen Rechtes auf.[8]) Ähnlich erklärt Steinlechner die

---

[1]) Karlowa a. a. O.

[2]) Crome in Seuff. Bl. f. RA. Bd. 72 S. 1.

[3]) Geib S. 89.

[4]) Köppen S. 226; Geib S. 92; Göppert S. 559.

[5]) Geib S. 32 ff.; Köppen S. 226; Göppert S. 554.

[6]) Degenkolb S. 166.

[7]) Brinz, Pand. Bd. 1 § 176 S. 706 ff.; Steinlechner Bd. 2 S. 141; Eisele S. 69; Audibert S. 651 ff.

[8]) Brinz a. a. O. S. 708.

Teilungsklage. Dem Miteigentum als wirklichem Eigentum entspricht die „Beherrschung eines selbständigen, von anderen unabhängigen Objekts“. Da dies wegen der Mitberechtigung der anderen unmöglich ist, so ist ein „abnormaler Zustand“ vorhanden, der durch die Teilung beseitigt werden soll,[1]) oder wie Eisele es ausdrückt, es wohnt dem selbständigen dinglichen Recht die Tendenz auf Realisation inne, und diese Realisation besteht in der Teilung.[2])

Die entsprechende Herleitung des Anspruchs aus § 2042 aus dem dinglichen Recht des Miterben könnte für das Bürgerliche Gesetzbuch versucht werden. Dies ist aber für beide Rechte unmöglich. Zunächst erscheint es nicht angängig, die Teilung als Realisierung des Miteigentums anzusehen, denn diese läßt sich nur durch die freie Verfügung bewirken, die der Miteigentümer über seine „ungeteilte pars“ hat.[3]) Es ist auch das, was der ehemalige Miteigentümer erhält, „nicht indentisch mit dem, was er als Miteigentümer hatte“.[4]) Weiter aber spricht dagegen vor allem der Umstand, daß es im Wesen des dinglichen Rechts liegt, daß „seine Geltendmachung Erhaltung des Rechts bedeutet, während die Geltendmachung der Obligation ihre Auflösung bezweckt und mittelbar erreicht“.[5])

Wenn Brinz seine Auffassung damit stützen will, daß das Recht auf Teilung unverjährbar sei und mit der Veräußerung des Teiles auf den Erwerber übergehe, so läßt sich dagegen anführen, daß „diese Eigentümlichkeit“ dem Wesen der Obligation „offenbar ebensowenig zuwider sei, wie sie andererseits eine notwendige Konsequenz des Miteigentumsbegriffs ist“, und daß sich ferner die Gemeinschaftsobligation natürlich immer „an den Tatbestand des Miteigentums knüpft“.[6])

Es wird weiterhin auch nicht die Ansicht der Motive,[7]) daß

---

[1]) Steinlechner a. a. O. S. 141 Nr. 3.
[2]) Eisele a. a. O. S. 69.
[3]) Geib S. 44.
[4]) Geib S. 58.
[5]) Binder B. 3 S. 81.
[6]) Binder a. a. O.
[7]) Mot. Bd. 2 S. 879.

die Teilung etwas in der Natur des Verhältnisses Gegebenes sei und im Entwicklungsgange der Gemeinschaft von selbst liege, dazu führen, einen dinglichen Anspruch für das heutige Recht anzunehmen. Die Motive leiten nachher selbst die Unverzichtbarkeit des Rechts auf Teilung aus „rechtspolitischen" Gründen, nicht aus dem Gemeinschaftsbegriff her. Es kann demnach der Anspruch, wenn er überhaupt existiert — und von dieser Voraussetzung ist jetzt ausgegangen — nur ein obligatorischer sein. Das ist auch für das römische Recht die herrschende Lehre. Sie findet ihre Stütze in J. III, 27. 3/4, wo gesagt wird, daß quasi ex contractu bei der a. f e. eine Verpflichtung bestehe. Jede Gemeinschaft erzeugt, ohne Rücksicht auf ihre Entstehung, eine obligatio; diese obligatio geht auf Aufhebung der Gemeinschaft und begründet die a. f. e.[1])

Ebenso wird man für das Bürgerliche Gesetzbuch den Teilungsanspruch wohl zweifellos als einen obligatorischen bezeichnen können.[2])

Es entsprechen sich also in dieser Hinsicht die beiden Teilungsklagen, immer aber unter der Voraussetzung, daß nach altem Recht überhaupt ein Anspruch gegen den Miterben vorhanden ist, was, wie bereits hervorgehoben, nach geltendem Recht nicht mehr zweifelhaft sein kann (§§ 2042 Abs. 1, 194 Abs. 1).

Die a. f. e. ist nur eine Klage. Im römischen Recht herrscht hierüber Streit. Die a. f. e. enthält eine mixta causa, die Klage geht bei der Notwendigkeit einer vollständigen Auseinandersetzung tam in rem, quam in personam. Es sind bei der divisio rerum die personales praestationes, d. h. die durch die Gemeinschaft begründeten gegenseitigen Verbindlichkeiten der Miterben (Verwendungen, Auslagen usw.) zu berücksichtigen[3]) (D. 10. 2. 44 pr., 10. 2. 22. 4; J. 3. 23. 3—4). Im Hinblick hierauf ist angenommen worden, daß die communio zwei selbständige Klagen, die eigent-

[1]) Westphal § 672 S. 399; Puchta Bd. 2 § 373 S. 222; Unterholzner Bd. 2 § 529 S. 393; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 449 Ziff. 3 S. 937, Bd. 3 § 608 Anm. 4 S. 500; Savigny Bd. 5 S. 36; Heise-Cropp Bd. 1 S. 135; Zimmermann S. 198; Koch S. 559; Arndts § 320 S. 604; Eck S. 90 ff.

[2]) Binder Bd. 3 S. 82.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 3 § 176, 2b S. 350.

liche Teilungsklage und die Klage auf einzelne persönliche Ansprüche erzeuge. Dieser Ansicht dürfte nicht beizutreten sein (D. 10. 2. 27 uno iudicio). Die Klage bezweckt lediglich die Teilung; aber um diesen Zweck zu erfüllen, ist ihr ein doppelter Inhalt gegeben.[1])

Der Gedanke, daß auch dem heutigen Auseinandersetzungsverfahren mehrere Ansprüche zugrunde liegen, kehrt, wenngleich in anderer Richtung, bei Pringsheim[2]) wieder. Er führt aus, daß, da die Auseinandersetzung in zwei Teile zerfalle, man auch den Anspruch in zwei Teile zerlegen könne, den Anspruch auf Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß (§ 2046) und den Anspruch auf Teilung des Überschusses (§ 2047). Er zerlegt den Anspruch weiter in einen Anspruch darauf, daß es überhaupt zur Auseinandersetzung kommt, und daraus, daß der Miterbe die ihm zugewiesenen Nachlaßgegenstände nun auch wirklich erhält.

M. E. ist nur ein Anspruch, und zwar der aus § 2042 gegeben. Die §§ 2046, 2047, aus denen Pringsheim anscheinend hauptsächlich besondere Ansprüche herleitet, betreffen nur die Durchführung[3]) des Anspruchs aus § 2042. Es handelt sich nicht um mehrere Ansprüche, sondern, wenn man so sagen darf, um „wesentliche Bestandteile" eines einzigen Anspruchs.[4])

§ 5.

Eine erhebliche Abweichung der a. f. e. von der heutigen Klage zeigt sich ferner in dem Inhalt des Anspruchs. Ein weiterer Vergleich ist aber nur möglich, wenn hier ebenfalls unterstellt

---

[1]) Schröder S. 41; Steinlechner Bd. 2 S. 133 ff.; Köppen S. 224 ff.; Geib S. 11 ff.

[2]) Pringsheim, Diss. S. 13 ff., der auch nicht mit römischem Recht vergleicht.

[3]) vgl. Fischer-Henle, Marginale d zu §§ 2046 f.

[4]) Ein Fall der weiteren Zerlegung (Pringsheim, Diss. S. 14 Anm. 2 bis S. 15 Anm. 1) ist nicht erörtert, da Pringsheim nach S. 15 Anm. 1 „diese" Zerlegung nur zur Erklärung, nicht zur juristischen Begründung gibt.

wird, daß auch der römischen Teilungsklage ein obligatorischer Anspruch zugrunde liegt.

Nach altem Recht handelt es sich um einen Anspruch auf Vollziehung eines Tauschvertrages, eine obligatio ad permutandum,[1]) die etwa analog einem pactum de contrahendo zu denken wäre; die Modalitäten dieser obligatio ad contrahendum sind durch den Richter ex aequo et bono noch genauer zu bestimmen. Gegen diese Auffassung wendet Bekker[2]) ein, daß bei einem pactum de contrahendo der Inhalt des abzuschließenden Vertrages bereits feststehe, während er hier erst durch „weitere Willenseinigung der ad contrahendum Verpflichteten geschaffen werde".[3]) Dem aber wird man mit v. Seeler[4]) entgegenhalten können, daß bei einem pactum ad contrahendum allerdings die Bestimmtheit des abzuschließenden Rechtsgeschäfts erforderlich ist. Hier aber handelt es sich um eine obligatio ad contrahendum, die nicht auf Vertrag beruht, und daher erscheint auch ein von vornherein feststehender Inhalt nicht notwendig.

Eine abweichende Regelung findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Anspruch auf Abschluß eines Permutationsvertrages mit unbestimmtem Inhalt steht ein Anspruch auf Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrages[5]) mit bestimmtem Inhalt gegenüber. Der Miterbe kann die Zustimmung der Genossen zur Aufhebung der Gemeinschaft und zu den zum Zwecke dieser Aufhebung verlangten Maßnahmen und Verfügungen fordern.[6]) Der Inhalt des Auseinandersetzungsvertrages, auf dessen Abschluß der Miterbe nach § 2042 einen Anspruch hat, ist durch das Gesetz fest umgrenzt (§§ 2042 ff.).[7]) Mangels einer Anordnung des Erlassers (§§ 2048 ff.) oder einer Parteivereinbarung finden gemäß § 2042 Abs. 2 die für die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchteilen

---

[1]) Eck S. 140 ff.
[2]) Bekker Bd. 1 S. 364.
[3]) Bekker a. a. O. S. 366.
[4]) v. Seeler, Miteigentum nach römischem Recht S. 156.
[5]) RG. im Recht 1910 Nr. 2605.
[6]) Planck Bd. 5 zu § 2042 Bem. 1 S. 272.
[7]) Crome, System Bd. 5 S. 721 Nr. 98.

aufgestellten Grundsätze der §§ 749 Abs. 2 u. 3, 750—758 Anwendung.[1])

Übrigens darf hier vielleicht beiläufig bemerkt werden: Allerdings hat der Teilungsrichter im gemeinen Recht ex aequo et bono zu entscheiden, während er heute an gesetzliche Teilungsregeln gebunden ist. Dieser Unterschied dürfte sich aber bis zu einem gewissen Grade ausgleichen, da sich anscheinend wenigstens in größeren Bezirken durch Gerichtsgebrauch[2]) einzelne bestimmte Teilungsregeln gebildet haben werden.[3])

§ 6.

Nach altem[4]) wie neuem Recht geht die Erbteilungsklage auf Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben (§ 2042). Hierunter versteht man „die Erledigung aller Rechtsverhältnisse, die in der Gemeinschaft ihren Ursprung haben".[5])

Dazu gehören die Nachlaßsachen sowie Früchte des Nachlasses und das, was auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechtes oder als Ersatz für einen Nachlaßgegenstand oder endlich durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlaß bezieht, erworben ist (D. 5. 3. 25. 20, 5. 3. 20. 3, 5. 3. 20. 1, 10. 2. 16. 3—4, 10. 2. 19, 10. 2. 56; C. 3. 36. 9, 3. 36. 19; §§ 2041, 2038 Abs. 2 BGB.). An sich gehören weiter dazu auch Forderungen und Schulden, die letzteren beiden aber werden im römischen Recht grundsätzlich nicht in das Verfahren hineingezogen. Indessen ist die oben gegebene Begriffsbestimmung auch hier zutreffend, da die nomina ipso iure divisa sunt (D. 10. 2. 4. pr.) und demnach im Sinne der gegebenen Definition nicht „Rechtsverhältnisse sind, die in der Gemeinschaft ihren Ursprung haben".

---

[1]) vgl. OLG. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 106.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 29c S. 62.

[3]) vgl. Eck S. 102ff. Nr. 375, 376, der allerdings bemerkt, daß sich in der Praxis über die Art der Teilung ganz entgegengesetzte Ansichten geltend gemacht haben. Dies bezieht sich aber offenbar nur auf größere Gerichtsbezirke.

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 S. 500; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 176, 2 S. 349; Köppen S. 224, 231; Unger Bd. 6 § 43 S. 188.

[5]) Binder Bd. 3 S. 234 Anm. 44.

Das heutige Recht kennt eine entsprechende Vorschrift nicht, und hierin liegt eine der wichtigsten Abweichungen der Klage aus § 2042 BGB. von der a. f. e. Heute umfaßt die Auseinandersetzung immer und notwendigerweise die Forderungen und eine Berichtigung und Ausgleichung der Nachlaßverbindlichkeiten;[1]) sie sind „Rechtsverhältnisse, die in der Gemeinschaft ihren Ursprung haben".

Wie bereits angedeutet, erstreckt sich die Auseinandersetzung bei der a. f. e. auf die nomina, d. h. Forderungen und Schulden nicht (C. 3. 36. 6).[2]) Sie gehören überhaupt nicht zur Erbengemeinschaft;[3]) non recipiunt divisionem, cum ipso iure ex lege duodecim tabularum divisa sint (D. 10. 2. 4. pr. 10. 2. 25, 1. 9. 13, C. 3. 36. 6, 3. 38. 9).

Dies entspricht auch der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft nach altem Recht. Die Miterben bilden eine communio iuris, sie haben die Erbschaft gemeinschaftlich nach Bruchteilen. Der Erbe haftet den Gläubigern stets persönlich, im Prinzip unbeschränkt, nicht bloß bis zum Belange der Erbschaft.[4])

Auch nach justinianischem Recht haftet der Erbe selbst dann, wenn ihm die Rechtswohltat des Inventars zugute kommt, immer noch „auf das im Inventar verzeichnete Vermögen",[5]) pro viribus hereditatis, also stets persönlich. Damit steht im Einklang, daß die Auseinandersetzung sich auf die Nachlaßobjekte allein beschränkt.

Die gemeinrechtliche Praxis aber geht erheblich weiter.[6]) Die

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 879. Die Motive, welche auf römischrechtlichem Boden stehen, stellen die Auseinandersetzung in Gegensatz zur Aufhebung der Gemeinschaft, und es würde bei dieser Terminologie die a. f. e. als Klage auf Aufhebung der Erbengemeinschaft, die Klage aus § 2042 als Klage auf Auseinandersetzung zu bezeichnen sein.

[2]) Windscheid-Kipp § 608 I a S. 500.

[3]) Köppen S. 222, 242 f.; Arndts § 527 S. 939; Böhm S. 280; Dernburg, Pand. Bd. 3 S. 350 § 176, 2 a; Crome, System Bd. 5 S. 692 Nr. 3.

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 300 Nr. 1 S. 489, § 606 Nr. 1 S. 480; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 171 I S. 331.

[5]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 606 I, 2 und Anm. 9 S. 481.

[6]) Dernburg, Pand. Bd. 3, § 171 III, 2 b S. 337.

Benefizialerben haften jetzt nicht mehr „unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden“.[1]) Eine völlige Verschmelzung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen des Erben tritt nicht ein, eine Haftung besteht nur noch cum viribus hereditatis.

Diese Ordnung des gemeinen Rechts wird von dem Gedanken des Individualismus beherrscht. Jeder Miterbe kann über seinen Anteil am Nachlaß wie an den einzelnen Nachlaßgegenständen selbständig verfügen. Ein harmonisches Zusammenwirken der Genossen ist nicht ins Auge gefaßt. Das Verhältnis wird vielmehr nur als ein unbequemer Durchgangszustand angesehen, alles gipfelt in dem Gedanken einer möglichst schnellen und leichten Lösung der Gemeinschaft.[2])

Andrerseits ergeben sich durch diese Regelung schwere praktische Nachteile. Die Rechte des Nachlaßgläubigers wie des Nachlaßschuldners und nicht minder die des Erben werden verletzt. Das Obligationsverhältnis ist vervielfacht.

Mit welchem Grunde aber, so führt Suarez aus,[3]) könnte der Nachlaßgläubiger genötigt werden, für einen einzigen drei, vier und mehr debitores partiales anzunehmen und jeden in seinem besonderen foro auf dergleichen zerstückelte Partialzahlungen zu verfolgen. Weiterhin ist die Zwangsvollstreckung gegen die Erben in lauter Bruchteilen gegen jeden getrennt an den verschiedendsten Orten zu betreiben, und entzieht ein Miterbe seinen Erbteil dem Zugriff des Gläubigers, so ist der auf diesen Erben fallende Teil der Nachlaßschuld endgültig verloren.[4])

Diese Übelstände aber vermag der Richter auszugleichen, indem er aus Zweckmäßigkeitsgründen Forderungen und Schulden in das Teilungsverfahren hineinziehen und dieselben einzelnen Miterben ganz zuteilen kann.[5]) Macht der Richter von dieser Befugnis

---

[1]) RG. Bd. 1 S. 98.

[2]) Eck bei Fischer S. 41; Endemann Bd. 3 S. 475; Strohal § 64 I, 1.

[3]) Bornemann Bd. 2 S. 508.

[4]) Strützki S. 175; Eck bei Bekker-Fischer S. 40; Mot. Bd. 5 S. 528 ff.; Cosack, Verhandl. S. 201.

[5]) Mot. Bd. 5 S. 692; Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608. 1a und N. 8 S. 500; Gierke S. 83.

Gebrauch, so entsprechen sich im praktischen Ergebnis die a. f. e. und die Klage aus § 2042.

Dies bildet aber immer nur die Ausnahme. Die Vorschrift selbst bleibt bestehen, so daß grundsätzlich die Auseinandersetzung sich nicht auf Forderungen und Schulden erstreckt.

Der gleiche Rechtssatz findet sich im 1. Entw. zum BGB. Nach § 2051 Satz 2 des 1. Entw. zum BGB. gehen bei einer Mehrheit von Erben die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auf die Erben nach Verhältnis der Erbteile über. Im schroffen Gegensatz zum alten Recht fehlt es aber an der Möglichkeit eines Ausgleichs, da der Entwurf dem Richter nicht eine ähnlich freie, autoritative Stellung wie das gemeine Recht bei der Erbteilungsklage einräumt, er vielmehr die Erbteilung nach den Vorschriften der §§ 2151 f. des 1. Entw. z. BGB. vornehmen muß.[1])

So ist der Entwurf, wie Gierke sagt,[2]) „romanistischer als das römische Recht, dessen Bruchteilsprinzip durch das iudicium familiae erciscundae tatsächlich stark gemildert wird“.

Diese Ordnung wurde von der Kritik auf das lebhafteste bekämpft. Man erkannte zwar an, daß „der Entwurf, indem er das Band zwischen den Miterben zerreißt und die Erbschaft pulverisiert, eine einfache und klare Regel gewinnt, welche vortrefflich mit seinem individualistischen und atomistischen Gedankenschema übereinstimmt“, doch forderte man im Hinblick auf die sozialen und wirtschaftlichen Rücksichten und unter besonderer Betonung des nationalen Rechtsgedankens, daß die Erbengemeinschaft als eine deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgestaltet werde.[3]) Dabei griff man auf die deutschrechtliche Gemeinderschaft, die einen Hauptfall der germanischen gesamten Hand bildet, zurück, eine Rechtseinrichtung, die im starken Gegensatz zum römischen Rechtsatz den Zweck verfolgt, das Familiengut ungeteilt zusammenzuhalten.[4]) Man schloß sich dabei an das allgem.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 882 ff., Bd. 5 S. 692.

[2]) Gierke S. 87.

[3]) Gierke S. 84; Eck bei Fischer S. 39; Strützki S. 132; Cosack in Verhandl. d. 20. DJT. Bd. 1 S. 199, Verhandl. d. 20. DJT. Bd. 4 S. 289.

[4]) Georg Cohn S. 9; Endemann S. 470.

Landrecht an, wonach bis zur Teilung jeder Miterbe nur Eigentümer seines Anteiles an dem ganzen Nachlaß, nicht aber Eigentümer eines Anteils an jedem einzelnen Nachlaßgegenstande ist. Die Regel nomina sunt ipso iure divisa ist im allgem. Landrecht ausdrücklich ausgeschlossen (§§ 1, 10, 25 f., 60 69 f., 115 f., I, 17 ALR.). Der Streit, ob das allgem. Landrecht auf römischem oder deutschem Rechtsboden steht oder ein Mittelding zwischen beiden geschaffen hat, kann in Wissenschaft und Rechtsprechung als erledigt gelten durch den Plenarbeschluß des Obertribunals vom 16. 3. 1857 (Bd. 35 S. 352). Hiernach steht jedem einzelnen von mehreren Miterben während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmt verhältnismäßiger Anteil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein besonderes Eigentum nicht zu. Erst durch die Erbteilung kann unter mehreren Miterben der einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Teile desselben erlangen; während der bestehenden Gemeinschaft aber steht bezüglich auf einzelne Erbschaftsstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere ihm daran noch kein nach Verhältnis seiner Erbquote bestimmter Anteil als sein besonderes Eigentum zu. Vor der Teilung kann er daher auch nicht mit einem seiner Erbquote entsprechenden Anteile an einem Nachlaßgrundstücke seinem Gläubiger für dessen Forderung an ihn gültig Hypothek bestellen.[1])

Die Grundsätze der deutschrechtlichen gesamten Hand sind indes im preußischen Recht keineswegs ganz folgerecht durchgeführt, denn der Miterbe kann über seinen Anteil am Nachlaß verfügen (§§ 4, 115 ff. I, 17 ALR.).[2])

Im Anschluß hieran ist auch das Prinzip der gesamten Hand zwar in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen, aber mit Rücksicht darauf, daß es sich um einen vorübergehenden Zustand han-

---

[1]) vgl. JMReskr. v. 13. 4. 1833, 13. 5. 1838 in v. Kamptz' Jahrb. Bd. 41 S. 555; Bd. 51 S. 364; RG. in Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 454, Bd. 25 S. 478; RG. Bd. 9 S. 273, Bd. 16 S. 253; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 3 § 238; Eccius Bd. 4 § 271; Bornemann Bd. 6 S. 331; Koch, Erbrecht S. 1199, 1205.

[2]) Georg Cohn S. 114; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 6 S. 701, 703 ff.; Strützki S. 143.

delt, „nur in jener Halbheit anerkannt, in der ihn das preußische Recht ausgebildet hatte".[1])

Grundsätzlich besteht aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwischen den Miterben Miteigentum zur gesamten Hand. Der Gedanke des römischen Rechts, daß die Erbengemeinschaft nach Möglichkeit zu beschränken, zeitigte den Satz: nomina sunt ipso iure divisa. Die Forderungen und Schulden des Erblassers sollten mit dem Erwerb der Erbschaft von selbst auf die einzelnen Miterben nach Verhältnis ihrer Erbteile übergehen. Während also hier soweit als möglich eine Trennung erstrebt wird, erstrebt das Bürgerliche Gesetzbuch umgekehrt den Zweck, die Erbschaft bis zur Auseinandersetzung als Ganzes zusammenzuhalten. Daraus folgt, daß auch die nomina bis dahin zusammenzuhalten sind. Die zum Nachlaß gehörenden Forderungen und Schulden zerfallen jetzt nicht mehr in dem Erbteil der Miterben entsprechende Teilforderungen, bezw. Teilverbindlichkeiten wie im römischen Recht.[2]) Das Band wird nicht „zerrissen", der Nachlaß ist bis zur Auseinandersetzung zusammenzuhalten, so daß leicht eine Auflösung der Nachlaßteilung in lauter Einzelteilungen eintritt. Die Erbteilung soll grundsätzlich auch wegen der Nachlaßforderungen und Schulden in einem Akt herbeigeführt werden, ähnlich wie die Auseinandersetzung der ehelichen Gemeinschaft. Diese Forderungen und Verbindlichkeiten gehören eben folgerichtig in das Auseinandersetzungsverfahren hinein; es sind „Rechtsverhältnisse, die in der Gemeinschaft ihren Ursprung haben".

Aus dem Nachlaß sind zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen (§ 2046). Diese Vorschrift bezieht sich allerdings nur auf das Verhältnis der Miterben zueinander,[3]) insofern, als die Haftung der Miterben nach der Teilung nicht mehr beschränkt ist[4]) (§§ 2059, 2058). Auf diese Frage ist hier nicht einzugehen.

Nach der Praxis des gemeinen Rechts kann also die Klage

---

[1]) Georg Cohn S. 115; Strohal S. 120ff., 330ff.; Strützki S. 207ff.; Cosack S. 289ff.

[2]) Binder Bd. 3 S. 9; Strohal Bd. 2 S. 83.

[3]) Prot. Bd. 5 S. 886; Staudinger zu § 2046 Anm. 1 S. 322; Planck zu § 2046 Anm. 1 S. 283.

[4]) Leonhard zu § 2059 I S. 208.

aus § 2042 der a. f. e. im Ergebnis entsprechen, dem Wesen nach bleibt ein bedeutsamer Unterschied bestehen. Dabei ist nicht zu erörtern, wie man das Gesamthandsprinzip wissenschaftlich konstruiert, denn in jedem Falle wird man zu dem Ergebnis kommen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Grundsatz nomina sunt ipso iure divisa bei der Erbengemeinschaft verwirft.

Kraft Gesetzes sind nach römischem wie nach heutigem Recht von der Auseinandersetzung Schriftstücke, welche sich auf den gesamten Nachlaß beziehen, ausgeschlossen (D. 10. 2. 4. 3, 10. 2. 5, 10. 2. 6, 10. 2. 8 pr. 22. 4. 6; § 2047 Abs. 2 BGB.), nach Bürgerlichem Gesetzbuch ferner die Schriftstücke, welche den Erblasser und dessen Familie betreffen (§ 2047 Abs. 2).

Das iudicium f. e. umfaßt weiter kraft Gesetzes eine Anzahl von Sachen nicht, über deren Ausschluß im Bürgerlichen Gesetzbuch nichts gesagt ist. Sie sollen hier kurz aufgeführt und dabei vermerkt werden, ob sie etwa aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten heute von der Auseinandersetzung gleichfalls ausgeschlossen sind.

1. Iura sepulcrorum — Begräbnisplätze (D. 10. 2. 30; C. 3. 44. 4).

Entweder, weil sie von dem Erben nicht iure hereditario, sondern iure proprio erworben sind,[1] oder weil sie ihrer Bestimmung nach ungeteilt bleiben sollen.[2] Der letztgenannte Grund läßt sich bei Begräbnisplätzen der Familie auch heute ohne weiteres heranziehen.

2. Verbotene Sachen, wie Gifte und verbotene Bücher (D. 14. 2. 4. 1) haec enim protinus corrumpenda sunt, sowie Gegenstände, welche notorisch durch ein Verbrechen erlangt sind (D. 10. 2. 4. 2).

Heute greifen die Bestimmungen des öffentlichen Rechts ein, die hier nicht zu erörtern sein dürften.[3] Übrigens sind diese Bestimmungen für das römische Recht bei der Erbteilungsklage

---

[1] Köppen S. 242 u. 34.

[2] Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608, 1d und N. 12 S. 501.

[3] vgl. z. B. beim Handel des Erblassers mit Giften Frank § 367 III, 1a S. 604; bei Büchern §§ 41, 42 StGB. § 94 StPO.; bei Gegenständen, welche durch eine strafbare Handlung dem Verletzten entzogen sind, § 111 StPO.

ergangen, ihrem inneren Wesen nach sind sie eigentlich ebenfalls öffentlichrechtlicher Natur.

Nach altem Recht ist den Parteien nicht gestattet, durch Vereinbarung einzelne Sachen von dem iudicium f. e. auszuschließen. Die a. f. e. ist eine Universalklage und betrifft grundsätzlich die ganze Erbschaft;[1]) der Teilungsrichter darf nichts von dem, was unbestritten zur Erbschaft gehört, ungeteilt lassen (D. 10. 2. 20. 4).

Dem entspricht das geltende Recht nicht. An sich umfaßt zwar auch heute die Auseinandersetzung den gesamten Nachlaß; sie kann nur als Ganzes, nicht aber stückweise geltend gemacht werden.[2]) Dies ergibt sich aus den §§ 2046, 2047, 2050, welche die Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses voraussetzen.[3]) Es erscheint aber unbedenklich, daß die Miterben die Auseinandersetzung in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände durch Vereinbarung ausschließen. Das ist unbestritten.[4])

Bleiben nun aber aus irgendwelchen Gründen Erbschaftssachen ungeteilt, so werden sie nach gemeinem Recht res singulae, und es ist jetzt nicht mehr die Erbteilungsklage, sondern die actio communi dividundo anzustrengen[5]) (D. 10. 2. 20. 4): familiae erciscundae iudicium amplius quam semel agi non potest. Des öfteren ist die Klage nur causa cognita, d. h. in außerordentlichen Fällen zulässig; so, wenn sich die Auseinandersetzung nur auf einen Teil des Nachlasses erstreckt hat, während die Parteien glaubten, daß sie den ganzen Nachlaß teilten.[6])

Ob nach geltendem Recht dann, wenn eine beschränkte Auseinandersetzung einmal erfolgt ist, die Klage aus § 2042 oder die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft aus § 749 stattfindet, ist streitig.

Altes und neues Recht würden sich entsprechen, wenn man sich auf den von Dernburg, Josef und dem OLG. Colmar

---

[1]) Arndts § 527 S. 940; Brinz Bd. 3 § 407 S. 277; Glück Bd. 11 S. 120.

[2]) Kreß S. 226.

[3]) Josef bei Gruchot Bd. 49 S. 45.

[4]) vgl. OLG. Colmar in OLG. Bd. 11 S. 230, Bd. 21 S. 316.

[5]) Köppen S. 324; OAG. Darmstadt in Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 53.

[6]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 N. 30 S. 504; Josef in DNotV. Bd. 4 S. 126.

vertretenen Standpunkt stellt, daß auch heute die Erbteilungsklage grundsätzlich nur einmal gegeben ist und nur ausnahmsweise — causa cognita — wiederholt angestrengt werden darf.[1])

Dem wird man aber nicht folgen können; das Gesetz bietet hierfür keinen Anhalt. Die Frage ist vielmehr so zu entscheiden: Eine Umwandlung des Eigentums zur gesamten Hand in Eigentum nach Bruchteilen setzt eine Verfügung sämtlicher Miterben voraus.[2]) Vereinbaren nun die Miterben, daß einzelne Gegenstände von der Erbteilung ausgeschlossen sein sollen, so ist gemäß § 157 im Wege der Auslegung zu erforschen, ob ihr Wille dahin ging, die Erbengemeinschaft wegen dieser Gegenstände fortzusetzen oder nicht. Es ist die Ansicht vertreten, daß „in der Regel bei der Beantwortung dieser Frage das Verhältnis des Wertes der verteilten und unverteilten Gegenstände zu berücksichtigen und eine Aufhebung des Gesamthandsverhältnisses in dem Falle als gewollt zu erachten sei, wenn der Wert der unverteilt gebliebenen Gegenstände ein verhältnismäßig unerheblicher ist“.[3]) Dieser Ansicht möchte ich nicht beitreten. Es will mir scheinen, als ob mit dem Gesichtspunkt, das Wertverhältnis sei zu berücksichtigen, etwas rein Zufälliges in die Sache hineingebracht wird. M. E. ist zunächst ins Auge zu fassen, daß eine Erbengemeinschaft wegen der ausgeschlossenen Gegenstände bestanden hat und noch besteht. Derjenige, welcher eine Änderung dieses Verhältnisses behauptet, hat sie auch zu beweisen. Im Zweifel wird man also annehmen müssen, daß die Miterben bei den nicht geteilten Gegenständen in Erbengemeinschaft verbleiben wollten. Ich glaube, daß das auch im Einklang mit der Verkehrsauffassung steht, und möchte darauf hinweisen, daß z. B. bei einem ererbten Hause es das natürliche ist, wenn etwa in einem Adreßbuch ständig die Bezeichnung bleibt: „Haus Nr. x: Eigentümer Lehmannsche Erben“.

Danach entspricht im Regelfall altes und neues Recht nicht.

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 178 S. 516; Josef a. a. O. S. 121 ff.; OLG. Colmar im Recht 1905 Nr. 2841 S. 681.

[2]) Kretzschmar S. 467 V. 3 Anm. 46; Planck zu § 2046 Bem. 5 S. 277; RG. Bd. 57 S. 435; OLG. Naumburg im ZBlFG. Bd. 9 S. 37.

[3]) Strübe im Recht 1906 S. 607 Ziff. 6.

Die a. f. e. wie die Klage aus § 2042 umfassen übereinstimmend die praestationes personales als „Rechtsverhältnisse, die in der Gemeinschaft ihren Ursprung haben“ (vgl. S. 28) (D. 10. 2. 22, 10. 2. 44; §§ 2042 Abs. 2, 756).[1])

1. Im einzelnen sind nach beiden Rechten die Aufwendungen, die der Miterbe im Interesse der Erbschaft oder der anderen Miterben gemacht hat, zu ersetzen (C. 3. 36. 18. 1; §§ 2042 Abs. 2, 756).

Im i. f. e. sind nicht zu ersetzen die Aufwendungen, welche ein Miterbe vor dem Tode des Erblassers oder nach dieser Zeit bis zum Antritt der Erbschaft gemacht hat, denn erst mit dem Antritt ist die römische Erbengemeinschaft entstanden (vgl. S. 1). Der Miterbe ist daher in diesen Fällen auf die actio negotiorum gestorum zu verweisen.

Nach bürgerlichem Recht steht dem Miterben für Aufwendungen bis zum Tode des Erblassers ebenfalls selbstverständlich nur ein Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) zu. Im Gegensatz zum römischen Recht aber ist der erbrechtliche Ersatzanspruch schon mit dem Tode des Erblassers (Erbfall) gegeben; denn schon in diesem Zeitpunkt entsteht die Erbengemeinschaft (§§ 2032, 1922, 2042 Abs. 2, 756).

2. In beiden Rechten ist im Erbteilungsprozeß der Schaden zu ersetzen, den der Erbe dem gemeinschaftlichen Vermögen der Miterben schuldhafterweise zugefügt hat (D. 10. 2. 16. 4/5, 10. 2. 25. 18, 10. 2. 44. 2, 10. 2. 45. 4; C. 3. 36. 19, 3. 38. 4; §§ 2042 Abs. 2, 756).

Während hier aber im alten Recht der Miterbe für diligentia quam in suis einzustehen hat (D. 10. 2. 25. 16), haftet er heute mangels einer Sondervorschrift schlechthin für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276).[2])

---

[1]) vgl. Arndts § 527 S. 939; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 172, 2b S. 350; Köppen S. 229 ff.; Sintenis Bd. 3 § 188, 1b S. 514; Unger Bd. 6 S. 193 Bem. 8 ff.; Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 Ziff. 4 S. 502 ff.; Crome, System Bd. 5 S. 724 N. 127, Bd. 2 S. 285 II, 2 B; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 179, 3 S. 221; Kipp, Erbrecht § 85, 1 Ziff. 4 S. 221; Kreß S. 50; Kretzschmar S. 455; Strohal Bd. 2 § 65 V S. 117; Planck zu § 2042 Bem. 4 f. S. 275.

[2]) Kipp bei Windscheid Bd. 3 S. 506 I Ziff. 6.

3. Weiter umfassen beide Klagen, was der Miterbe aus der Erbschaft bereits erhalten hat (D. 10. 2. 56, 19. 2. 19; C. 3. 36. 9; §§ 2042 Abs. 2, 756).[1]

4. Endlich ist nach altem wie neuem Recht die Ausgleichungspflicht der Miterben zu berücksichtigen (D. 10. 2. 20; §§ 2050 ff.).

§ 7.

Nach beiden Rechten kann der Miterbe die Aufhebung der Gemeinschaft jederzeit verlangen, der Satz: in communionem vel societatem nemo invitus compellitur detineri hat auch heute Geltung (C. 3. 37. 5; § 2042 Abs. 1).

Im gemeinen Recht sind gesetzliche Bestimmungen, nach denen die Auseinandersetzung auf Zeit unzulässig ist, nicht vorhanden. Ist die Geburt eines Miterben zu erwarten, so wird die Teilung in der Weise vorgenommen, daß man einstweilen auf die Frucht drei Teile rechnet. Dabei ist die Möglichkeit, daß Drillinge geboren werden, berücksichtigt (D. 34. 5. 7. pr. 5. 4. 3/4).[2]

Durch diese Regelung ist, wie die Motive (Bd. 5 S. 690) ausführen, während schon die erste Teilung verwickelt wird, oft eine Nachteilung geboten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist daher heute, soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen (§ 2043 Abs. 1).

„Das gleiche gilt, soweit die Erbteile deshalb noch unbestimmt sind, weil die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung, über die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt oder über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht“ (§ 2043 Abs. 2). Hier ist zu bemerken: Das alte Recht enthält keine besonderen Bestimmungen; auf die einzelnen Fragen ist nicht einzugehen, weil ein Vergleich zwischen den in § 2043 Abs. 2 bezeichneten Fällen mit den entsprechenden des römischen Rechts eine Erörterung nötig machen würde, die

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 4b; RG. im Recht 1910 Nr. 2376; vgl. auch RR. in JurW. 1904 S. 61 und dazu S. 21 der Arbeit.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 Anm. 1a S. 500.

nicht in den Bestimmungen über die a. f. e. wurzelt. Immerhin darf vielleicht darauf hingewiesen werden, daß bei der noch nicht genehmigten Stiftung die Streitfragen über die Parallele zu dem posthumus nondum conceptus und dem nasciturus in Betracht kommen; heute gilt bei der noch nicht genehmigten Stiftung das gleiche wie beim nasciturus (§ 2043 Abs. 3).

Kraft Gesetzes kann ferner jeder Miterbe verlangen, daß die Auseinandersetzung aufgeschoben wird, bis die Nachlaßverbindlichkeiten durch Aufgebotsverfahren festgestellt (§ 1970) oder die Anmeldungsfrist des § 2061 verstrichen ist (§ 2045). Eine entsprechende Bestimmung des alten Rechts kommt überhaupt nicht in Frage, da ja die Schulden „ipso iure divisa" sind (vgl. S. 29).

Ferner kann die Teilung durch Vereinbarung der Miterben oder Anordnung des Erblassers nach D. 10. 3. 14. 2. auf Zeit, nach §§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2 auf Zeit oder für immer ausgeschlossen werden. Daß hierbei auch, wie für das Bürgerliche Gesetzbuch aus §§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2 folgt, im gemeinen Recht eine Kündigungsfrist vereinbart werden kann, dürfte unbedenklich anzunehmen sein.

Nach D. 10. 3. 14. 2/3 ist aber ein Ausschluß der Teilung nur für eine solche Zeit zulässig, welche auf Grund der bona fides durch ein bestimmtes Bedürfnis gerechtfertigt erscheint.

Diese Regelung entspricht im Prinzip den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Wenn im römischen Recht (a. a. O. § 2) gesagt ist, daß der Ausschluß der Auseinandersetzung nur für eine Zeit wirksam sei, die ipsius rei qualitati prodest, so ist das gleichbedeutend mit Vorschrift des § 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2 u. 3, daß im entsprechenden Falle die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Nach altem Recht muß aber anscheinend der Grund für die Aufhebung des Vertrages in den objektiven Umständen liegen, während er heute auch in der Person des kündigenden Miterben, oder derjenigen Miterben, denen gekündigt wird, liegen kann.[1])

In den Quellen finden sich keine direkten Bestimmungen darüber, ob der Erblasser die Auseinandersetzung ausschließen

[1]) vgl. Fischer-Henle zu § 626 Anm. 1.

kann. Hier werden die Vorschriften über den Vertrag der Miterben entsprechend anzuwenden sein.[1]) Dies ist im allgemeinen in § 2044 in gleicher Weise geregelt. Eine Abweichung ergibt sich insofern, als nach § 2044 Abs. 2 Satz 1. u. 3 eine Verfügung des Erblassers über den Ausschluß der Auseinandersetzung unwirksam wird, wenn 30 Jahre seit dem Erbfall verstrichen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht hier noch einige Fälle vor, in denen die Verfügung länger wirksam bleibt.

Ist die Teilung des Nachlasses durch Vertrag der Miterben ausgeschlossen, so ist dies dem Sondernachfolger der Miterben gegenüber wirksam (D. 10. 3. 14. 2; §§ 2042 Abs. 2, 751).

Kohler spricht aus, daß hier geradezu ein Rätsel vorliege. Der Satz, daß obligatorische Vereinbarungen einen Singularsukzessor binden sollen, erscheine systemwidrig. Kohler löst die Frage damit, daß der Vertrag der Parteien eben nicht obligatorischer, sondern dinglicher Natur sei, daß es sich um eine Abrede handle, welche die dinglichen Verhältnisse des Miteigentums in bestimmter Weise binden und regeln solle.[2]) Dieser Lösung dürfte beizutreten sein; es wird dem römischen Gesetzgeber nicht ohne zwingenden Anlaß der schwere Vorwurf gemacht werden dürfen, daß er einen groben systematischen Fehler begangen habe.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind prinzipiell dieselben Gründe maßgebend wie im gemeinen Recht. Die Befugnis des Gemeinschafters, der Aufhebung der Gemeinschaft zu widersprechen, ist ein dingliches Recht. Haben die Teilnehmer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger. Sie wirkt aber gegen diese, wenn es sich um ein Grundstück handelt, nur dann, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuche eingetragen ist (§§ 2042 Abs. 2, 755, 1010).

Eine Ausnahme gilt nur für den Pfändungspfandgläubiger, sofern dessen Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist, und

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 Anm. 4 S. 500; Köppen S. 228 und Anm. 2; Mot. Bd. 5 S. 688.

[2]) Kohler Zeitschr. f. franz. Zivilrecht Bd. 8 S. 177.

für den Pfandgläubiger, dessen Recht durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes entstanden ist. Diese sind nicht an die Vereinbarung gebunden (§§ 2042 Abs. 2, 751 Abs. 2, 1258 Abs. 1 in Verb. mit § 1257 Abs. 2). Die Erörterungen, die v. Seeler[1]) daran knüpft, sind m. E. nicht weiter zu behandeln, es ist hier nur festzustellen: Ita lex est.

Das gemeine Recht stimmt also nur in diesen beiden Ausnahmefällen mit dem bürgerlichen Recht nicht überein.

Ist die Auseinandersetzung durch Anordnung des Erblassers ausgeschlossen, so bindet auch dies den Sondernachfolger (D. 10. 3. 14. 2). Für das gemeine Recht sind hier die gleichen Gesichtspunkte maßgebend wie bei einem Vertrag der Miterben.

Auch für das bürgerliche Recht muß man den Anordnungen des Erblassers dingliche Kraft zusprechen.

Allerdings legen die Motive ihr obligatorische Wirkung bei, und diese Auffassung wird von Kipp mit Rücksicht auf § 137 geteilt.[2]) Die Erben wären dann bei gegenseitigem Einverständnis in der Lage, sich über die Anordnungen ihres Erblassers hinwegzusetzen. Wird auf Auseinandersetzung geklagt, so stände dem Beklagten eine Einrede zu.

Diese Regelung steht aber mit dem Zweck des Gesetzes in Widerspruch; dem Willen des Erblassers soll Geltung verschafft werden. Ferner ergibt sich ein solcher, wenn man in Betracht zieht, daß der Erbe einen obligatorischen Anspruch auf Auseinandersetzung hat, trotzdem aber durch die Anordnung des Erblassers verpflichtet ist, die Auseinandersetzung zu unterlassen.[3]) Endlich erscheint § 137 nicht anwendbar, denn den Erben wird durch den Erblasser nicht die Verfügungsbefugnis über den Nachlaß entzogen, sondern es fragt sich nur, ob die Miterben fähig sind, alle zur Auseinandersetzung erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen.[4])

---

[1]) v. Seeler, Miteigentum nach dem BGB. S. 75.

[2]) Mot. Bd. 5 S. 688; Kipp, Erbrecht S. 220.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 178 VII S. 519; Binder Bd. 3 S. 248; Strohal Bd. 2 S. 141; Planck zu § 2044 Anm. 3 S. 281; Staudinger zu § 2044 Anm. 3 S. 320; Leonhard zu § 2042 V D S. 185; and. M. Crome, System Bd. 5 S. 713; Kipp, Erbrecht S. 220.

[4]) Planck a. a. O.; Binder Bd. 3 S. 250.

Es stehen also m. E. in diesen Punkten beide Rechte im Einklang.

§ 8.

Die a. f. e. wie die Klage des geltenden Rechts unterliegen nicht der Verjährung (C. 7. 40. 1. 1; §§ 2042 Abs. 2. 758 BGB.).

Nach beiden Rechten ist die Möglichkeit gegeben, daß der nichtbesitzende Miterbe durch Verjährung die hereditatis petitio verliert und so indirekt auch die Erbteilungsklage.[1])

Verjährbar sind dagegen die aus der Gemeinschaft entstandenen Ersatzansprüche (praestationes personales).[2]) Dies muß ebenso für das Bürgerliche Gesetzbuch gelten; der § 758, der nach § 2042 Abs. 2 Anwendung findet, spricht nur von dem Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft.[3])

§ 9.

Es ist die Frage aufzuwerfen, ob sich die Klageanträge bei der a. f. e. und der Klage aus § 2042 entsprechen.

Hier scheidet zunächst der römische Prozeß mit Rücksicht auf seinen Wesensunterschied ganz aus. Es ist auch der gemeine Prozeß nicht zu behandeln, da hier die Klagbitte, der Antrag, welche Handlung der Richter vornehmen möge, regelmäßig — wenigstens nach Fortfall des Kalumnieneides — überflüssig ist.[4])

Dagegen ist zu prüfen, ob sich beide Klageanträge dann entsprechen, wenn prozessual für beide die Vorschriften der Reichszivilprozeßordnung maßgebend sind.

Auszugehen ist hier von der Vorschrift des § 230 a. F. ZPO. (§ 253 Abs. 2 Ziff. 2 n. F.), nach der die Klage einen bestimmten Antrag enthalten muß. Theorie und Praxis nehmen scheinbar als selbstverständlich an, daß bei der gemeinrechtlichen Teilungsklage, die unter der Herrschaft der Zivilprozeßordnung erhoben

---

1) Köppen S. 228; Geib S. 38; Planck zu § 2042 Anm. 4b S. 275; Staudinger zu § 2042 II,1 S. 313.

2) Brinkmann, Verhältnis der a. c. d. S. 12; Regelsberger S. 658.

3) Fischer-Henle zu § 758 Anm. 3.

4) Wetzell § 70,1 Anm. 5 S. 942; Bayer S. 301.

wird, ein bestimmter Antrag nicht gestellt zu werden braucht, vielmehr lediglich zu beantragen ist, das Gericht möge die Teilung vornehmen, wobei über die Art und Weise der Teilung genauere Vorschläge möglich, aber nicht notwendig sind.[1])

Es ergibt sich die Schwierigkeit, diese Unbestimmtheit des Antrags mit dem Erfordernis eines bestimmten Antrages in § 230 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. a. F. (§ 253 n. F.) in Einklang zu bringen.[2])

Schon dann, wenn nach Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung eine gemeinrechtliche actio simplex[3]) erhoben wurde, waren unter Umständen bestimmte Anträge nicht erforderlich. Insbesondere traf dies bei den Schadensersatzklagen dann zu, wenn der Antrag „die Grundlage für die Abgrenzung des Anspruchs enthielt, so daß der Betrag in dem rechtshängigen Verfahren durch richterliches Ermessen festgestellt werden konnte".[4]) Dieser Grundsatz dürfte m. E. auch bei der a. f. e. in Anwendung zu bringen sein. Soweit handelt es sich um eine rein prozessuale Frage.

Hier bei der a. f. e. als einem iudicium duplex (D. 10. 1. 10) kommt aber noch ein materiellrechtlicher Grund in Betracht, aus dem das Verlangen nach einem bestimmten Antrag nicht gestellt werden kann. Von der Regel, daß nur der Beklagte, nicht auch der Kläger verurteilt werden darf, besteht eine Ausnahme,[5]) „welche sich aus dem materiellen Wesen des zum Streit gebrachten Rechtsverhältnisses ergibt, indem, was insbesondere die Teilungsklagen (iudicia divisoria) betrifft, eine Auseinandersetzung sich nicht einseitig zugunsten eines der beiden

[1]) Brinkmann Bd. 1 S. 349 Ziff. 5; Mayer S. 38. Aus den Entscheidungen ist etwas Sicheres hierüber nicht zu entnehmen. Vgl. z. B. RG. Bd. 1 S. 319, Bd. 6 S. 180, Bd. 12 S. 193; Seufferts Arch. Bd. 4 S. 152, Bd. 21 S. 52, Bd. 25 S. 141, Bd. 38 S. 324.

[2]) Weißler S. 403; Mot. Bd. 2 S. 883 ff.; Binder Bd. 3 S. 256; Crome in Seufferts Bl. Bd. 72 S. 1; Lammfromm S. 34 ff. Anm. 1.

[3]) Das gleiche gilt für jede actio simplex jedes anderen Rechts, sowie auch nach 1900.

[4]) Gaupp-Stein Anm. III, 4 zu § 253; Hellwig, Lehrb. Bd. 3, 1 § 144 Anm. 36 S. 41; RG. Bd. 10 S. 353, Bd. 12 S. 388, Bd. 21 S. 356 V. Zivilsenat.

[5]) Die anderen Ausnahmen, wie z. B. Verurteilung des Klägers zu den Kosten usw., interessieren hier nicht.

Gemeinschafter bewirken läßt, Teilung also nicht möglich ist, ohne beiden Parteien Rechte einzuräumen und Verbindlichkeiten aufzulegen".[1]) Dazu kommt noch, daß der Richter nicht an gesetzliche Regeln über die Teilung gebunden ist; er entscheidet ex aequo et bono, indem er allerdings vorzugsweise etwaige Vereinbarungen der Parteien berücksichtigt (D. 10. 3. 21. 1) und auch die Anordnungen des Erblassers, soweit sie nicht gegen das Gesetz verstoßen, zu beachten hat.[2]) Die Teilung soll so vorgenommen werden, wie sie dem wohl verstandenen Interesse der Parteien nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit am besten entspricht. Aus diesen beiden Umständen muß m. E. die Konsequenz gezogen werden — eine Konsequenz, die Unger in seinem bereits 1876 erschienenen Buche nicht ziehen konnte —, daß das materielle Wesen des zum Streit gebrachten Rechtsverhältnisses hindert, die prozessuale Vorschrift des § 230 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. a. F. (§ 253 n. F.) streng formell anzuwenden.[3])

Ganz anders ist die Sachlage nach heutigem Recht, für das nur prozessuale Fragen in Betracht kommen. Allerdings kann der Miterbe, entsprechend wie auch bei der gemeinrechtlichen Klage, die negative Feststellungsklage mit dem allgemein gehaltenen Antrage, festzustellen, daß der Kläger nicht ausgleichungspflichtig sei, oder die Leistungsklage mit dem ebenfalls allgemein gehaltenen Antrage, den Beklagten zu verurteilen, in die Teilung zu willigen, anstrengen. Ein dahingehendes Urteil hilft jedoch, wie Josef hervorhebt,[4]) dem Kläger in der Regel nichts, denn eine gütliche Einigung wird sich bei der Ausführung der Auseinandersetzung doch nicht ergeben, und eine Vollstreckung ist nicht möglich, so daß es im Zweifel zu einem zweiten Prozesse kommen wird.

Soll nun aber der Streit in einem Prozesse erledigt werden, so müssen, anders wie im gemeinen Recht, ganz bestimmte Anträge gestellt werden. Dies ist deshab erforderlich und möglich, weil nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Auseinandersetzung, im

---

[1]) Unger Bd. 2 § 131, 2 S. 612 f.

[2]) Göppert S. 559; Windscheid-Kipp Bd. 3 § 608 Ziff. 3 Anm. 16 S. 502.

[3]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 883.

[4]) Josef bei Gruchot Bd. 49 S. 33.

scharfen Gegensatz zum gemeinen Recht, nicht mehr von dem Richter nach dem Gesichtspunkt der Billigkeit stattfindet und auch die Klage aus § 2042 nicht mehr ein iudicium duplex darstellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat vielmehr die Art der Teilung, auf welche jeder Partei ein Recht zusteht und an die der Richter gebunden ist, fest bestimmt, indem es die für die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchteilen aufgestellten gesetzlichen Teilungsregeln für maßgebend erklärt.[1])

Es ist daher heute ein bestimmt zu formulierender Antrag des Klägers erforderlich, etwa „auf Erteilung der Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich der einzelnen Nachlaßgegenstände durch die vom Kläger zu bezeichnende Art und Weise der Teilung“, die im einzelnen natürlich den Vorschriften der §§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2, 3, 750—758 entsprechen muß.[2])

Scheidet somit das iudicium duplex der a. f. e. für das heutige Recht aus, so muß den Parteien doch ein Weg gegeben sein, der wenigstens im praktischen Ergebnis zu demselben Ziele führt. In § 2 ist bereits erörtert, daß die Rechtslage ganz bedeutend vereinfacht wird, wenn man der Annahme beitritt, daß der Klageerhebung ein Vermittlungsverfahren nach §§ 86 ff. FGG. vorangehen muß. Es ist dort auch bereits bemerkt, daß es recht zweckmäßig erscheint, wenn das Prozeßgericht von seiner Befugnis, nach §§ 348 ff. ZPO. ein vorbereitendes Verfahren von einem beauftragten Richter anzuordnen, Gebrauch macht.[3]) Auch ist hinzuweisen auf

---

[1]) OLG. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 106; Hahn-Mugdan Bd. 7 S. 58.

[2]) OLG. Braunschweig a. a. O.; OLG. Kassel in Seufferts Arch. Bd. 64 Nr. 10; OLG. Kiel in Schlesw.-Holst. Anz. 1908 S. 91; Borcherdt S. 289; Crome S. 721 Anm. 98; Kretzschmar S. 466; Kreß S. 224 ff.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 181 X S. 527; Kipp, Erbrecht S. 226; Leonhard zu § 2046 VI A S. 191; Planck Vorbem. zu §§ 2042 ff. Ziff. 3 S. 271; Staudinger zu § 2042 II, 3 S. 314 und besonders Josef bei Gruchot Bd. 49 S. 34. Dort sind ganz ausführliche Beispiele für Klage- und Widerklageanträge gebracht, deren Wiedergabe wohl zu weit führen dürfte. Zu Bedenken bietet die Fassung m. E. keinen Anlaß.

[3]) Auf den Umstand, daß diese Vorschriften auf das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung finden (§ 505 a. a. O.), kommt es nicht an, da sich die Sache bei den geringen Objekten auch durch den Prozeßrichter praktisch erledigen läßt.

die Befugnis des Beklagten, Widerklageanträge, und die beiden Parteien gegebene Möglichkeit, Hilfsanträge zu stellen. Endlich wird nötigenfalls, wie im Kommentar der Reichsgerichtsräte (zu § 2042 Ziff. 1) hervorgehoben wird, in weitgehendster Weise die Unterstützung durch den Richter gemäß § 139 ZPO. geboten erscheinen. So wird sich auch heute der Regel nach die gänzliche Auseinandersetzung der Miterben in einem Prozesse durchführen lassen.

Folgt man aber der Ansicht Ecks, daß die actio duplex als Klage und Widerklage aufzufassen sei,[1]) so würden sich die a. f. e. und die Klage aus § 2042 in diesem Punkte sogar auch theoretisch entsprechen.

Die Frage aber, ob die actio duplex in Wirlichkeit eine Widerklage enthält, ist rein prozessualer Natur. Es ist daher hier des näheren auf die Ansicht Ecks einzugehen. Soviel darf immerhin bemerkt werden, daß seine Auffassung auf eine Fiktion hinausläuft und für das gemeine Recht nicht gelten kann.[2])

§ 10.

Das Urteil bei der a. f. e. entspricht dem Urteil bei einer Klage aus § 2052 nicht. Dem konstitutiven Urteil des gemeinen Rechts steht heute ein deklaratorisches scharf gegenüber. Dies ist unbestritten.

Im i. f. e. wird eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes ausgesprochen und diese Rechtsgestaltung direkt vollzogen.[3]) Der Entscheidung des Richters liegt eben kein Anspruch auf eine Leistung des Gegners zugrunde, sondern nur ein durch die Klage durchzusetzendes Recht auf Rechtsänderung. Der Richter verurteilt den Miterben nicht, einen Auseinandersetzungsvertrag zu schließen, sondern er stellt nach freiem Ermessen die Art der Teilung fest und führt mittels „der ihm durch die Adjudikationsbefugnis übertragenen schöpferischen Kraft“[4]) die Teilung

---

[1]) Eck S. 142 ff.

[2]) Göppert S. 557.

[3]) vgl. Hellwig, System § 17 II, 3a S. 41.

[4]) Geib S. 93.

selbst aus. Aber selbst dann, wenn man einen materiellen Anspruch der Parteien gegeneinander etwa auf angemessene Teilung annehmen wollte, verurteilt das Teilungsurteil doch nicht den Beklagten zur Vornahme der angemessenen Teilung, sondern es vollzieht stets selbst die Auseinandersetzung. Unmittelbar durch den richterlichen Spruch werden dingliche Rechte begründet, übertragen und aufgehoben.[1])

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man auch dann, wenn man mit Eck eine obligatio ad permutandum annimmt.[2]) An sich würde ein Urteil auf Vollziehung eines Tauschgeschäfts deklaratorische Wirkung haben, wenn hier trotzdem eine konstitutive Entscheidung vorhanden ist, so liegt die Erklärung dafür „nicht sowohl in einer anomalen Beschaffenheit der Teilungsklagen, als darin, daß das Urteil, indem es die Teilung verfügt, dieselbe immer zugleich anführt"[3]) oder, wie Bekker sagt, der Richter „die Exekution in die Sache gleich selbst in die Hand nimmt".[4])

Legt man der a. f. e. eine Mischnatur bei, so ergibt sich nichts anderes.[5])

Stellt man endlich die Teilungsklage mit Windscheid ganz in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit,[6]) so ist die Entscheidung doch immer rechtsgestaltender Natur; auch im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind konstitutive Entscheidungen möglich.[7])

Dem entspricht, wie bereits erwähnt, das geltende Recht nicht. Heute ergeht der Befehl, eine geschuldete „Leistung" zu bewirken.[8]) Das Gesetz bestimmt die Art der Teilung, nicht mehr

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 449 Ziff. 3 und Anm. 17 S. 938; Köppen S. 226, 243 ff.; Brinz Bd. 3 S. 278 ff.; Mot. Bd. 5 S. 692; Endemann Bd. 3 S. 489 Anm. 27; Eck, Vorträge Bd. 3 S. 59; Weißler S. 402 ff.; Staudinger zu § 2042 Ziff. 1 S. 311; Langheineken S. 240.

[2]) vgl. S. 26 ff.

[3]) Eck S. 147.

[4]) Bekker S. 367 III.

[5]) Degenkolb S. 67 ff., bes. S. 68 Ziff. 2.

[6]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 449 Ziff. 3 u. Anm. 16, 17 S. 938.

[7]) Hellwig a. a. O. S. 41; Josef, Lehrb. d. freiw. Gerichtsbark. Kap. 18 A S. 126.

[8]) Hellwig, System § 17 II, 2. S. 39.

das richterliche Ermessen (vgl. S. 44). Das Urteil spricht nur deklarativ aus, daß der Beklagte verpflichtet ist, in bestimmte Teilungsmaßregeln, als gesetzlich geboten, zu willigen. Von einer Leistungsklage mit Adjudikationsbefugnis des Richters kann demnach heute nicht mehr die Rede sein.[1]) Eine gewisse Analogie zu dem alten Recht — die allerdings m. E. ziemlich fernliegt — könnte man mit Kipp[2]) darin finden, daß das rechtskräftige Urteil nach § 894 ZPO. die Einwilligungserklärung des Beklagten ersetzt.

§ 11.

Nach altem Recht hat der Teilungsrichter die Teilung selbst zu vollziehen, nach heutigem Recht dagegen nicht.

Der Aufgabe des Teilungsrichters, die vollständige Auseinandersetzung herbeizuführen, entsprechen die Vorschriften des gemeinen Prozesses,[3]) aber ihr entsprechen nicht die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung. Es entsteht also die zweifelhafte Frage, wie die Sache zu regeln ist, wenn unter der Herrschaft der Zivilprozeßordnung ein gemeinrechtlicher Erbteilungsfall vorliegt. Die Beantwortung hängt mit dem aufgestellten Problem zusammen. Denn wie Lammfromm[4]) bei der Erörterung über die Frage, ob das Teilungsverfahren Sache der streitigen Gerichtsbarkeit ist und was es mit der Vollstreckung durch den Teilungsrichter für eine Bewandtnis hat, andeutet, wirken hier „wohl prinzipielle Auffassungen über die Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit und die Funktion des Richters mit". Hierzu wäre nun im Anschluß an die Ausführungen S. 3 ff., zu bemerken: Wenn die Windscheidsche Ansicht, daß hier ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegt, ganz folgerecht im gemeinen Recht durchgeführt wäre, so würde die schwierige Frage fortfallen, wie der Prozeßrichter in der

---

[1]) Hellwig, Anspruch S. 444 Anm. 4; Binder Bd. 3 S. 236; Crome, System Bd. 5 S. 721 Anm. 98; Planck a. a. O. S. 271; Staudinger a. a. O. S. 314; Leonhard zu § 2046 VI A B S. 191; Kretzschmar, Erbrecht S. 466; Josef a. a. O. S. 33 ff.

[2]) Kipp bei Windscheid Bd. 2 zu § 449, 3 b S. 943.

[3]) Bayer S. 338, 513; Wetzell § 46 b S. 562.

[4]) Lammfromm S. 34 Anm. 1.

Zeit bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Aufgabe, die Auseinandersetzung herbeizuführen, erfüllen soll. Es käme nur der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht, der dann eben zu adjudizieren hätte, und das wäre eine Aufgabe, die im Rahmen seiner sonstigen Tätigkeit gelegen hätte.

Da diese Durchführung nicht erfolgt ist, so bleibt eine „Inkongruenz" des heutigen Verfahrens nach der Zivilprozeßordnung „mit dem Zwecke des Teilungsprozesses" bestehen. Der Lösung dieser Inkongruenz ist das Reichsgericht nicht näher getreten, sondern es betrachtet „ohne weiteres die Aufgabe des Teilungsrichters, die Teilung selbst zu vollziehen, als eine heute (d. h. hier vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches) in Geltung stehende Prozeßeinrichtung".[1]

Das geltende Recht, das einen obligatorischen Teilungsanspruch mit fest umgrenzten Inhalt geschaffen hat, nimmt dem Prozeßrichter die Vollstreckung des Urteils ab, und überträgt sie den für die Zwangsvollstreckung zuständigen Organen.

---

[1]) vgl. Lammfromm S. 37 Anm., der aber hier die moderne Wandelung des Teilungsprozesses zugrunde liegt. RG. Bd. 12 S. 197 ff.; Mot. Bd. 2 S. 882.

Schluß.

Das Ergebnis der Untersuchung ist demnach kurz folgendes: Der a. f. e, im Grunde einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, steht gegenüber die Klage aus § 2042, die im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit geltend gemacht wird. Letzteres trifft aber auch bei der a. f. e. insofern zu, als sie formell Klage bleibt. Nur von diesem Standpunkt ist der Vergleich weiter zu ziehen.

Bei der a. f. e. ist der Rechtsweg ohne weiteres zulässig. Bei der Klage aus § 2042 steht dem Beklagten eine prozeßhindernde Einrede zu, wenn der Kläger nicht vorher die Vermittlung des Nachlaßrichters gemäß §§ 86 ff. FGG. angerufen hat. Parteien sind die Miterben. Die actio utilis steht dem Arrogierten, der armen Witwe, dem Fideikommissar, dem Käufer und dem Pfandgläubiger eines Anteils zu. Nach bürgerlichem Recht hat die Klage jeder, der den Anteil eines Miterben am Nachlasse erworben hat, der Pfandgläubiger und gemeinschaftlich mit dem Miterben der Nießbraucher. Nach beiden Rechten ist es nicht erforderlich, daß sich alle Miterben an dem Rechtsstreit beteiligen.

Die a. f. e. ist eine Klage anormaler Natur, die den Miterben nur die Befugnis gewährt, von dem Richter die Vornahme eines Teilungsgeschäfts zu verlangen, das sie selbst in starkem Gegensatz zum bürgerlichen Recht nicht ausführen können. Dagegen liegt zweifellos im § 2042 ein privatrechtlicher Anspruch zugrunde.

Um aber wiederum den Vergleich weiter durchführen zu können, muß man der hier bekämpften Ansicht folgen, daß sich die a. f. e. auf einen privatrechtlichen Anspruch gegen die Miterben gründet. Dann ist dieser Anspruch wie im Bürgerlichen Gesetzbuch obligatorischer Natur.

Die actio und die Klage aus § 2042 werden — allerdings in verschiedener Richtung — geteilt; es ist aber nur *eine* actio und *ein* Anspruch vorhanden.

Dem römischrechtlichen Anspruch auf Abschluß eines Permutationsvertrages mit unbestimmtem Inhalt steht heute der Anspruch auf Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrages mit bestimmtem Inhalt gegenüber, da im römischen Recht der Richter ex aequo et bono, heute nach gesetzlichen Vorschriften zu teilen hat.

Beide Klagen gehen auf Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben. Während aber in der römischen Erbengemeinschaft nach Bruchteilen die „nomina ipso jure divisa“ sind, umfaßt — und darin liegt eine der wesentlichsten Abweichungen — die Klage aus § 2042 bei der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand notwendigerweise Schulden und Forderungen, die im gemeinen Recht berücksichtigt werden konnten, aber nicht mußten.

Beide Rechte schließen im großen und ganzen die gleichen Gegenstände zum Teil aber aus verschiedenen Gründen aus. Eine Parteivereinbarung über den Ausschluß einzelner Sachen ist nach römischem Recht unzulässig, heute zulässig. Die a. f. e. ist nur einmal, nisi causa cognita, die Klage aus § 2042 mehrmals gegeben.

In beiden Rechten sind die praestationes personales zu ersetzen; die Miterben haften in Rom einander nur für diligentia quam in suis, heute für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Die a. f. e. und die Klage aus § 2042 entsprechen sich weiter insofern, als sie grundsätzlich jederzeit zulässig sind. Beschränkungen durch das Gesetz kennt nur das Bürgerliche Gesetzbuch. Nach altem Recht können die Parteien die Auseinandersetzung auf Zeit, heute auf Zeit oder für immer ausschließen. Nach beiden Rechten kann der Erblasser die Auseinandersetzung auf Zeit ausschließen. Die Wirkung solcher Beschränkungen durch die Parteien oder den Erblasser ist beidemal prinzipiell dinglicher Natur.

Das Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, unterliegt weder bei der a. f. e. noch nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Verjährung.

Eine grundlegende Abweichung ergibt sich daraus, daß die a. f. e. eine actio duplex darstellt, während hiervon nach Bürgerlichem Gesetzbuch nicht mehr die Rede sein kann. Daraus folgt, daß im Gegensatz zum bürgerlichen Recht ein bestimmter Antrag nicht zu verlangen ist. Dies auch deshalb, weil, wie bemerkt,

hier der Richter ex aequo et bono, dort nach gesetzlichen Regeln zu teilen hat. Dementsprechend ist auch die actio darauf zu richten, der Richter möge die Teilung vornehmen, während heute der Antrag auf Einwilligung des Beklagten in einen vom Kläger vorzulegenden Teilungsplan zu stellen ist.

Ein wesentlicher Unterschied ist weiter beim Urteil vorhanden. Im gemeinen Recht ergeht ein konstitutives Urteil, das die Teilung selbst durchführt, während heute ein deklaratorisches Urteil erlassen wird, das bestehende Rechte feststellt.

Endlich wird bei der a. f. e. der Richter selbst zur Vollziehung des Urteils tätig, dagegen ist heute die Vollstreckung des Urteils den für die Zwangsvollstreckung zuständigen Organen übertragen.

So ergeben sich zwar bei beiden Klagen einzelne Übereinstimmungen; diese betreffen aber hauptsächlich solche Vorschriften, die wohl bei jeder Art der Regelung der Erbteilung mehr oder weniger gleich sein werden. Der rechtlichen Struktur, dem ganzen Wesen nach sind aber grundlegende Unterschiede vorhanden, so daß mit Rücksicht hierauf die gestellte Frage dahin zu beantworten ist:

In unserer streitigen Gerichtsbarkeit gibt es eine der a. f. e. entsprechende Klage nicht.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Fritz Lorenz, wurde am 7. Januar 1891 zu Charlottenburg als der Sohn des damaligen Gerichtsassessors, jetzigen Oberlandesgerichtsrats Dr. jur. Paul Lorenz geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Ich besuchte zunächst das Bismarck-Gymnasium in Berlin-Wilmersdorf und dann das Gymnasium zu St. Elisabeth in Breslau, das ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich sechs Semester an den Universitäten Lausanne, Heidelberg und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 2. Dezember 1912 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 9. Dezember 1912 das Rigorosum. Zurzeit bin ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Goldberg i. Schl. als Referendar beschäftigt.